

Tilbakeføring etter bvl. § 4-21

Dissenser



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 703

Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 16182 ord

20.06.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1.</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Rettslig plassering	2
1.3	Problemstilling – presisering og avgrensning	2
1.3.1	Problemstilling	2
1.3.2	Avgrensning	3
1.4	Metode og fremgangsmåte	4
1.4.1	Metode	4
1.4.2	Oppgavens oppbygning	5
1.5	Rettskildene	5
1.5.1	Innledning	5
1.5.2	Lov	5
1.5.3	Forarbeider	6
1.5.4	Rettspraksis	6
1.5.5	Juridisk Teori	7
1.5.6	Barnekonvensjonen	8
1.5.7	EMK – Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen	9
<u>2.</u>	<u>PRINSIPPER I BARNEVERNRETEN</u>	<u>10</u>
2.1	Legalitetsprinsippet	10
2.2	Det biologiske prinsipp	11
2.3	Mildeste inngreps prinsipp	12
2.4	Barnets beste	14
2.5	Barns rett til forsvarlig omsorg	16
<u>3.</u>	<u>GJELDENDE RETT</u>	<u>17</u>

3.1	Hvem kan kreve tilbakeføring etter bvl. § 4-21?	17
3.2	Partene i saken	18
3.3	Barnevernloven § 4-21	19
3.3.1	Innledning	19
3.3.2	Vilkår om forsvarlig omsorg	19
3.3.3	Tilknytningskriteriet (alvorlige problemer)	23
3.3.4	Skal skje dersom vilkårene er oppfylt	25
3.3.5	Begrensninger i muligheten for å reise ny sak	26
3.4	Når skal en vurdering skje etter bvl. §§ 4-21 kontra 4-12?	27
3.5	§ 4-21 jfr. EMK art. 8	28
3.6	Barnets rett til å uttale seg	30
3.7	Beviskrav i tilbakeføringssaker	32
3.8	Besøkskontakt mellom barnet og de biologiske foreldre etter adopsjon	34
4.	<u>HVORDAN GIKK DET MED BARNA?</u>	<u>35</u>
5.	<u>DISSENSER I TILBAKEFØRINGSSAKER</u>	<u>36</u>
5.1	Dommene	36
(1)	Rt. 1991 s. 688	38
(2)	Rt. 1992 s. 242	38
(3)	Rt. 1995 s.447	39
(4)	Rt. 1996 s. 1203	39
(5)	Rt. 1996 s. 1684	39
(6)	Rt. 1997 s. 170	40
5.2	Noen gjennomgående trekk	40
5.3	Kriteriene dommen oppstiller	42
5.3.1	Forsvarlig Omsorg	42
5.3.2	Egenskaper ved barnet	43
5.3.3	Risiko for alvorlige problemer	43
5.3.4	Sakkyndiges anbefalinger	44
5.3.5	Barnets beste	44

5.3.6	Langvarige fosterhjemsplasseringer	45
5.4	Prejudikatsvirkning av dissensdommer	45
5.5	Avsluttende ord	46
<u>6.</u>	<u>ET BLIKK FREMOVER</u>	<u>47</u>
6.1	Lovendringer	47
6.2	Endringer av systemet	48
6.2.1	Lønn / status	48
6.2.2	Skape et åpnere barnevern	48
6.2.3	Heve kompetansen	49
<u>7.</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>50</u>
<u>8.</u>	<u>KILDENE</u>	<u>52</u>
8.1	Litteratur	52
8.2	Forarbeider	52
8.3	Dommer av Høyesterett	52
8.4	Praksis fra EMD	53
8.5	Tidsskrifter	54
8.6	Andre kilder	54

1. Innledning

1.1 Tema

Temaet for denne avhandlingen er tilbakeføring av barn etter vedtak om omsorgsovertakelse. Utgangspunktet er at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre, og for de fleste er dette helt selvsagt. Barnevernet er til for å sikre at alle barn får den nødvendige omsorgen de trenger. Det gjør de ved å støtte familien og sette inn hjelpetiltak om nødvendig, som omfatter alt fra råd og veiledning, barnehageplass til avlastning. Og hvis det ikke tilstrekkelig med hjelpetiltak griper barnevernet inn og overtar omsorgen.

Barnevernet har en nødvendig og viktig oppgave i samfunnet. Flere mottar hjelp nå enn tidligere og antallet barnevernsmeldinger øker stadig. Samtidig har vi et barnevern med for liten kapasitet¹. I fjor mottok 49800 barn tiltak fra barnevernet, dette er en rekordøkning i forhold til året før og tidligere år. Økningen var på 3300 barn eller 7,1 %.² Sammenligner man dette tallet med økningen i antallet ansatte samme periode, som var på 110 nyansettelser eller 3,2 %, ser man at barnevernets nye ressurser ikke har økt tilsvarende. Behovet for barnevernets tjenester var stort fra før og som tallene viser, er situasjonen flere steder kritisk nå. Det kan spørres om behovet har vært stort hele veien, men at folk er blitt flinkere enn de var tidligere til å melde fra og til å be om hjelp. Barneombudet kaller situasjonen slik den er nå for en systemkrise og sier at det er for lite ressurser.³ Enten er det for lite ressurser eller så er ressursutnyttingen for dårlig, uansett, som en følge av dette står det mange barn på sidelinja som skulle ha fått hjelp, men som ikke får det. I fjor mottok 13700 nye barn tiltak⁴, dvs. de kan ha mottatt tiltak tidligere, såkalte gjengangere. Og det meldes stadig om økende behov for ressurser innen

¹ <http://nrk.no/nyheter/norge/1.7481315> og http://www.nrk.no/nyheter/distrikt/hedmark_og_oppland/1.7468752 27.10.11

² <http://www.ssb.no/barneverng/tab-2011-06-27-01.html> og <http://www.ssb.no/barneverng/> 18.11.11

³ <http://www.barneombudet.no/temasider/barnevernet/arkiv/barneverne2/> 20.9.11

⁴ http://www.ssb.no/emner/02/barn_og_unge/2011/barnevern/ 3.9.11

barnevern, bl.a. må Bufetat rekruttere 1000 nye fosterhjem hvert år. Det alene er en vanskelig oppgave.⁵

Det er et problem med prioriteringen av sakene i barnevernet. På grunn av de manglende ressursene til rådighet og for dårlig organisering, må det nødvendigvis bli det.⁶ Når det er sagt så er det ikke alle kommuner som merker presset like mye. Når barneverntjenesten får inn meldinger, må de merke disse etter hvor mye de haster. På grunn av de manglende resursene prioriteres akutte saker og de grovere og mer sammensatte sakene. Andre saker blir nedprioritert, til og med henlegges.⁷ Følgelig går den pressede ressursituasjonen utover det forebyggende arbeidet. Hadde barneverntjenesten kommet med hjelp på et tidligere stadium, så hadde de sannsynligvis forhindret at disse sakene utviklet seg til det verre. Og da hadde mange omsorgsovertakelser vært forhindret og derav færre tilbakeføringssaker for rettsapparatet.

1.2 Rettslig plassering

Barnevernsretten hører naturligvis under barneretten. Reglene i barnevernsretten er av betydning for den enkeltes velferd, og vi er således inne på velferdsrettens område. Videre er barnevernsretten en del av sosialretten.⁸ Samtidig hører dette til den sosiale verneretten, som igjen hører under den spesielle forvaltningsretten.⁹

1.3 Problemstilling – presisering og avgrensning

1.3.1 Problemstilling

Oppgaven dreier seg i hovedsak om bvl. § 4-21 første ledd første og andre punktum. Målet er å fremstille gjeldene rett på området, samt en nærmere belysning av dissensdommene i tilbakeføringssakene. Dette siste for å se på hvilke kriterier

⁵ <http://www.bufetat.no/nyheter/Barn-som-venter-pa-fosterhjem/> 3.9.11

⁶ <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article4012218.ece> 27.10.11 Her kommer det frem at det enkelte barnevernkontor selv kan bestemme hvordan det vil innhente opplysningene og at det er først når omsorgssvikten er et faktum at barnehage, skole og helsevesen har rett og plikt til å si i fra.

⁷ http://www.nrk.no/nyheter/distrikt/nrk_trondelag/1.7675321 31.10.11

⁸ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 25

⁹ Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer*, 2008 s. 19

dommene stiller opp for tilbakeføre omsorgen til foreldrene. I tillegg finner jeg det interessant å se etter evt. årsaker til at det oppstår dissens. Se om det er forhold som er vanskelige å gi et klart svar på. Og om det er noe som går igjen i disse dommene.

1.3.2 Avgrensing

Behandlingen av dette tema vil ikke være uttømmende som følger av den begrensede tiden som er til rådighet og det store havet av kilder det er å komme over for å få det til. Men en oversikt over det viktigste under hvert punkt vil jeg i denne oppgaven forsøke å få frem.

Jeg har ikke studert saker fra Fylkesnemndene, underrettene eller Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, men kun konsentrert meg om Høyesterettsavgjørelser. Dette fordi Høyesterett tar opp de viktigste vurderingstemaene i tilbakeføringssakene, ettersom den kan prøve alle sider av saken. Videre er Høyesterett også rettsskapende, det den kommer frem til må de øvrige domstolene og fylkesnemndene følge. Høyesterettsdommer Tjomsland sier at det i Høyesterett har vært spøkefullt uttrykt at advokaters høytidligere tiltaleform burde endres til: ”Høyst ærverdige rett, rikets øverste barnevernnemnd.”¹⁰ Det er en spøk med en del sannhet i. Det er få typer saker som Høyesterett har full kompetanse til å overprøve, barnevernssaker er blant dem.¹¹

I tillegg har jeg valgt å gjøre dette for å begrense arbeidsmengden til et mer overkommelig nivå. Men for å få helheten i arbeidet mitt, burde jeg ha også tatt med sakene fra de øvrige rettene og Fylkesnemndene. Videre er det kun rene tilbakeføringssaker jeg har sett på, dvs. saker som er fremmet etter bvl. § 4-21 eller bvl. § 4-12 men som i realiteten er tilbakeføringssaker. Det hadde også vært relevant å tatt med saker fra Høyesterett som dreide seg om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, ettersom det alltid foreligger en omsorgsovertakelse forut for tilbakeføringssakene. I tillegg kunne det ha blitt tatt med intervjuer av Høyesterettsdommere i forbindelse med dissensutredningen for å fått deres syn på årsakene til at det oppstår dissens.

¹⁰ Steinar Tjomsland, Omsorgsovertakelse – Hovedprinsipper og synspunkter (s. 11 - 21) i *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 s. 18

¹¹ jfr. Bvl § 7-24 og Tvl. § 36-5 (3)

Avslutningsvis hadde for meg vært ønskelig å forsøke å finne ut hvordan det gikk med barna når sakene var ferdige i rettssystemet for å se om dommene virket etter sin hensikt. Da måtte jeg ha foretatt en oppfølgingsundersøkelse med intervjuer, noe som ikke lar seg gjøre innenfor rammen av en masteroppgave.

1.4 Metode og fremgangsmåte

1.4.1 Metode

Jeg ville se på om fylkesnemnda har ”gått for langt” i retning av å tilbakeføre barn til foreldrene. Grunnen til dette var at jeg kjenner til en sak som var oppe for Fylkesnemnda nylig, der en gutt ble tilbakeført til moren uten at hun kunne gi gutten forsvarlig omsorg. Men jeg fant raskt ut at det ikke var mulig for meg å finne ut av problematikken på den korte tiden jeg hadde til rådighet. For det første så er kun hvert 5. fylkesnemndvedtak publisert. For det andre så nektes tilbakeføring i de aller fleste av de sakene som er lagt ut. Og for det tredje så måtte jeg ha laget en oppfølgingsundersøkelse hvor jeg så på hvordan det gikk med disse barna etter at de ble tilbakeført. Etter dette bestemte jeg meg for å konsentrere meg om dommer fra Høyesterett for å se nærmere på tilbakeføringssakene og de kriteriene som her ble stilt opp. Jeg begynte å søke etter Høyesterettsavgjørelser som omhandler § 4-21, og fant 24 stk¹². Etter å ha gått i gjennom dommene så jeg at det var en del dissenser blant dem. Jeg ville finne ut hva som gjorde at de var uenige, og om det var noe som gikk igjen i disse dommene.

Først har jeg redegjort for rettskildene, deretter prinsippene i barnevernretten og for tilbakeføringsbestemmelsen. Til slutt har jeg redegjort for dommene og vurderingene i disse. Sistnevnte innebærer en fortsettelse på noen av punktene ovenfor, da de kriteriene dommene oppstiller, også er gjennomgått under fremstillingen av prinsippene og av gjeldene rett.

Kildene har jeg funnet bl.a. ved å søke på lovdata etter litteratur til bvl. § 4-21. Jeg har flittig benyttet meg av Regjeringen.no. Dette er en pålitelig side på internett. Og for å finne de relevante dommene har jeg for det meste brukt lovdata.no og rettsdata.no.

¹² Én dom, Rt. 2002 s. 327 var kun om bvl. § 4-12, men det var i realiteten en tilbakeføringssak.

1.4.2 Oppgavens oppbygning

Presentasjonen av temaet tilbakeføring vil skje i form av en redegjørelse for prinsippene i barnevernsretten og for gjeldende rett på området. Etter dette vil jeg presentere domsmaterialet og foreta en vurdering av dette. Dernest kommer en litt mindre drøftelse av utviklingen fremover, herunder en del rettspolitiske synspunkter om hva som kan gjøres i fremtida for å styrke barnevernet.

Barnets beste er det viktigste av prinsippene i barnevernsretten. Det skal tas hensyn til dette ved alle vurderingene som gjøres etter barnevernloven¹³. Og da det i noen tilfeller kan være vanskelig å slå fast hva som er barnets beste i den enkelte sak, blir disse avveiningene de mest krevende barnevernet og fylkesnemnda står overfor. På bakgrunn av dette har jeg valg en tildels omfattende redegjørelse på dette punkt.

1.5 Rettskildene

1.5.1 Innledning

Rettskildene som forankrer rettighetene til barn er av mange slag, både norske og internasjonale. Denne oppgaven bygger hovedsakelig på rettskildene lovtekst, forarbeider, rettspraksis fra Høyesterett og noe fra EMD, juridisk teori samt på internasjonale menneskerettigheter.

1.5.2 Lov

Denne oppgaven bygger hovedsakelig på barnevernsloven § 4-21, men også andre bestemmelser i samme lov er med. Andre lover som menneskerettsloven og barneloven er også relevante og tatt med.

¹³ Jfr. Rt. 1991 s. 668

Lovens ordlyd, den alminnelige språklige forståelse av ordlyden er utgangspunktet. Ordlyden vektes tungt, men den er vid og skjønnsmessig og må suppleres med de øvrige rettskildene.

1.5.3 Forarbeider

De forarbeidene jeg har benyttet er:

- NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v.,
- forskjellige Ot.prp. som inneholder lovendringsforslag: Ot. prp. nr 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester og Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven
- samt Inst.O. nr. 80 (1991-92) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester.
- Relevante NOU'er senere år: NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge, Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer.
- Forarbeider til andre lover: NOU 2005:1 God forskning, bedre helse. Lov om medisinsk og helsefaglig forskning, som involverer mennesker, humant biologisk materiale og helseopplysninger.

Forarbeidene gir uttrykk for lovgivers vilje, de veileder lovanvenderen. Der lovteksten er skjønnsmessig, er det nødvendig å se hen til forarbeidene.

Hvilken vekt en skal tillegge forarbeidene har bl.a. å gjøre med alder. En ny lov og forarbeider har større vekt enn en eldre. I stedet for eldre forarbeider har det oftest kommet til rettspraksis. Videre har vekten og å gjøre med hvor den kommer fra: Ot.prp er regjeringens forslag til lovendring og NOU er fra regjeringens ekspertutvalg. Vekten varierer således om det er snakk om sosialpolitisk eller en mer teknisk juridisk regel.

1.5.4 Rettspraksis

Høyesterett er den høyeste domstol, den skapende rett, også i barnevernssaker. Det er imidlertid et begrenset omfang av saker for Høyesterett enn for de øvrige rettene. Det er fordi Høyesterett er den siste instansen og de aller fleste tilbakeføringssakene stopper

før. Også fordi det bare er prinsipielle saker som kommer hit. I denne oppgaven tar jeg kun for meg praksis fra Høyesterett.

I 1982 kom første tilbakeføringssak opp for Høyesterett. Rettspraksis etter den gamle bvl. § 48 er fortsatt relevant, det har ikke skjedd noen endring av rettsstilstanden etter 1992-loven, jfr. Rt. 1996 s. 1684 og Rt. 1996 s. 1203. Det har riktignok vært noen lovendringer i barnevernloven i de siste årene. Endring i reglene for tvangsadopsjon ved at det nå er mulighet for besøkskontakt etter adopsjon, noe som kan få innvirkninger når det gjelder tilbakeføringssaker. Det har også vært en endring av beviskravet i bvl. § 4-21 første ledd første punktum til overveiende sannsynlig ved lov av 19. juni 2009 nr. 45, men dette var hovedsakelig kodifisering av rettspraksis. I forbindelse med endringen av bvl. § 4-21 vurderte de om lovteksten skulle endres ytterligere, men kom til at: *”Det vil verken være mulig eller hensiktsmessig å oppstille alle relevante momenter og hensyn og vektingen av disse i lovteksten. Departementet har derfor ikke foreslått endringer i den retning.”* Dette taler for at rettspraksis både etter den gamle loven og 1992-loven fortsatt gjelder.¹⁴

1.5.5 Juridisk Teori

I hovedsak har jeg anvendt Kirsten Sandbergs bok, Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse. Videre så har Lena R. L. Bendiksens bok, Barn i langvarige fosterhjems plasseringer, vært en god kilde i forhold til enkelte emner jeg har fremstilt. Det samme gjelder for øvrig Kari Ofstad og Randi Skars Barnevernloven med kommentarer, Steinar Tjomslands artikkel Omsorgsovertakelse – Hovedprinsipper og synspunkter og bok Barnevern og omsorgsovertakelse, herunder Loftsgaards artikkel Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse og Trude Haugli sin artikkel: Det mangfoldige barnets beste.

¹⁴ Ot.prp.nr. 69 (2008-2009) kap.3 s. 25

1.5.6 Barnekonvensjonen

FNs konvensjon om barns rettigheter gir alle mennesker under 18 år et særskilt menneskerettighetsvern. Konvensjonen inndeles i 4 hovedprinsipper, 1. retten til liv og helse, 2. skolegang og utvikling, 3. deltakelse og innflytelse og 4. omsorg og beskyttelse.¹⁵

Konvensjonen er den største i verden med tanke på tilsluttende stater. Hele 193 land har sluttet seg til konvensjonen, det er kun to land som ikke har ratifisert den, nemlig USA og Somalia. Norge er et av få land som har inkorporert barnekonvensjonen og latt den få forrang foran norsk lov.¹⁶ For ordens skyld ble konvensjonen ratifisert av Norge 8. januar 1991 og inkorporert ved lov av 1. august 2003 nr. 86.

Den består av 54 artikler hvorav 42 av dem handler om rettigheter til barn. De øvrige 12 artiklene er av mer administrativ karakter. Eksempler er:

- art. 5 om retten til veiledning fra foreldre for at barnet skal kunne håndheve sine rettigheter etter konvensjonen,
- art. 8 om barnets rett til å bevare sin identitet,
- art. 9 om retten til å ikke bli atskilt fra sine foreldre,
- art. 12 om retten til å si sin mening og bli hørt,
- art. 16 om retten til familieliv og beskyttelse mot krenkelser av psykisk og fysisk integritet,
- art. 19 beskyttelse mot misbruk – fysisk og psykisk vold,
- art. 20 rett til omsorg dersom barnet er uten familiemiljø og
- art. 25 som bestemmer at situasjonen til et barn som lever under offentlig omsorg skal periodevis tas opp til vurdering.

¹⁵ http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/barn_og_ungdom/fns_barnekonvensjon.html?id=1038

18.10.11

¹⁶ <http://www.fn.no/FN-informasjon/Konvensjoner-og-erklæringer/Menneskerettigheter/FNs-konvensjon-om-barnets-rettigheter-Barnekonvensjonen> 18.10.11

En av de viktigste bestemmelsene er art. 3 nr. 1 om hensynet til barnets beste. Mer om bestemmelsen nedenfor under punkt 2.4 Barnets beste.

Det som skiller Barnekonvensjonen fra EMK, SP og ØSK er at kun de tre sistnevnte har individuell klagerett. Dette medfører at det ikke vil være noen enkeltsaker å studere.¹⁷ Landene er pålagt å rapportere inn til Barnekomitéen hvert 5 år om hva de gjør for å oppfylle barns rettigheter. Denne kommer igjen med kritikk og forslag til forbedringer.¹⁸

1.5.7 EMK – Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen

EMK er en av menneskerettighetskonvensjonene og de viktigste og mest sentrale av menneskerettighetene for øvrig. Sentrale bestemmelser i EMK gjelder for barnevernsretten, bl.a. art. 2 og art. 8.

Menneskerettighetene er de grunnleggende rettigheter og friheter som individene har overfor sitt lands myndigheter.¹⁹ De er universelle, for de handler om verdier som er gyldige for alle mennesker i hele verden. Og fordi nesten alle land støtter rettighetene. Det som ikke gjør det, og som kritiserer menneskerettigheter for å være en vestlig idé som er påtvunget gjennom politisk, kulturell, økonomisk og militær makt, må anse slaget som tapt. Selv om det fortsatt er mange som kritiserer menneskerettighetene, er de å anse som universelt bindende normer.²⁰

EMK er inkorporert i norsk rett ved lov 21. mai 1999 nr. 30 og går ved motstrid foran andre lover, jfr. lovens § 3. Det samme gjør også SP (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter), ØSK (FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter), KD (FNs kvinnekonvensjon) og BK (FNs Barnekonvensjon).

¹⁷ Karl Harald Søvig, *Barns rettigheter på barns premisser*, Utredning for Barne – og likes.dep. s. 181 (http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/Utredning_Sovig_end_versj.pdf 5.11.11)

¹⁸ <http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/rettighets/arkiv/oppfolging/> 15.11.11

¹⁹ Njål Høstmælingen, *”Hva er menneskerettigheter”*, 2. utg., Oslo 2010 s. 10

²⁰ Njål Høstmælingen, *”Hva er menneskerettigheter”*, 2. utg., Oslo 2010 s. 23

I Norge har vi dualisme som går ut på at folkeretten og nasjonal rett er to atskilte og uavhengige sett av regler. Individene kan ikke påberope seg rettigheter i en konvensjon som Norge er forpliktet til, men ennå ikke har inkorporert eller transformert til norsk rett. Men det følger av presumsjonsprinsippet at de norske reglene presumeres å stemme overens med folkeretten. En kan spørre om Norge er på vei mot monisme på menneskerettighetenes område. Flere og flere konvensjoner inkorporeres. Dette gjør at det er nødvendig å stille krav om selvkraft før bestemmelsene blir direkte anvendelige. Slik praksisen er for stater med monisme.²¹ Selvkraftige konvensjonsbestemmelser er utformet slik at man ut ifra ordlyden kan fastslå konkrete rettigheter og plikter.²²

Europarådets menneskerettighetskonvensjon er en generell regional konvensjon mens FNs konvensjoner om sivile og politiske rettigheter og om økonomiske, sosiale og kulturelle er generelle globale konvensjoner. FNs barnekonvensjon er en av de spesielle og globale konvensjonen. Globale konvensjoner er åpne slik at de land som vil kan slutte seg til den. Regionale er forbeholdt en spesiell region eller medlemmer av en organisasjon. Det siste er tilfellet for EMK som kun er forbeholdt medlemmer av Europarådet.²³

2. Prinsipper i barnevernretten

2.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er et rettsikkerhetsprinsipp som er til for å hindre maktmisbruk og overgrep fra myndighetene overfor borgerne. Rettsikkerhet innebærer videre at det

²¹ Karin M. Bruzelius, *"Monisme på norsk?"*, i *Rett og Toleranse*, Festskrift til Helge Johan Thue, Oslo 2007 s.38 – 48 (på side 48)

²² Karin M. Bruzelius, *"Monisme på norsk?"*, i *Rett og Toleranse*, Festskrift til Helge Johan Thue, Oslo 2007 s.38 – 48 (på side 40)

²³ Njål Høstmælingen, *"Hva er menneskerettigheter"*, 2. utg., Oslo 2010 s. 15

myndighetene foretar seg ikke kan begrunnes med deres eget forgodtbefinnende eller fordi de har makt, men det må være begrunnet i lovregler.²⁴

Individene har i utgangspunktet frihet og selvbestemmelse. Inngrep i denne krever hjemmel i lov. Dersom barnevernet, som utøver offentlig myndighet, skal iverksette et tiltak, så må de holde seg innefor rammen lovverket stiller opp. Dette følger både av ulovfestet konstitusjonell sedvanerett²⁵ og av EMK art. 8 nr.2.

Poenget med dette prinsippet er at det er Stortinget som bestemmer hvilke byrder som skal pålegges borgerne.²⁶ Dette medfører en begrensning i forvaltningens handlefrihet. De pålegges å følge reglene som lovgiver har vedtatt strengt. Med byrder menes økte plikter og reduserte rettigheter.²⁷ I vårt tilfelle er det tale om reduserte rettigheter for foreldre dersom kravet om tilbakeføring ikke fører frem.

Det er spesielt viktig med regelstyring på barnevernsrettens område fordi vi her er i kjernen av den private livssfæren. Menneskerettighetene og legalitetsprinsippet setter skranker mot inngripen her.²⁸ Og jo større inngrep det er snakk om, desto strengere er kravet til lovhjemmel.

2.2 Det biologiske prinsipp

Utgangspunktet er at alle barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Det blir ansett å være til barnets beste. Barn har som regel sterke følelsesmessige bånd til både

²⁴ Bente Ohnstad, *Velferd, Rettssikkerhet og Personvern*, Bergen 2011, s. 28

²⁵ NOU 2005: 1 12. Alminnelig forvaltningsrett

(<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/nouer/2005/nou-2005-01/13.html?id=389718> 08.11.11)

²⁶ Carl August Fleicher, *Rettskilder og juridisk metode*, 1998 s. 163

(http://www.nb.no/utlevering/contentview.jsf?&urn=URN:NBN:no-nb_digibok_2010050503014#&struct=DIV164 16.9.11)

²⁷ Carl August Fleicher, *Rettskilder og juridisk metode*, 1998 s. 164

(http://www.nb.no/utlevering/contentview.jsf?&urn=URN:NBN:no-nb_digibok_2010050503014#&struct=DIV166 16.9.11)

²⁸ Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer*, 2008 s. 20

foreldrene og søsken, som det er grunn å bevare og styrke. I forarbeidene²⁹ er det bl.a. uttalt at ”*Det ligger i vår samfunnsordning at foreldrene oppdrar sine egne barn. Tilknytning til de biologiske foreldre er i seg selv en ressurs for barnet.*” Det ble også i en dom, Rt. 1997 s. 170 (på side 175), uttalt at det ligger en egenverdi i det å få vokse opp hos sine biologiske foreldre.

Unntak fra dette er dersom det strider mot andre tungtveiende hensyn, som hensynet til barnets beste. EMD legger også vekt på dette prinsippet, men sier at det ikke i noen tilfeller skal gå på bekostning av barnets helse og utvikling.³⁰

Selv om det biologiske prinsipp ikke uttrykkelig står i barnevernloven, er det klart at det ligger til grunn for flere av bestemmelsene, for eksempel §§ 4-19 og 4-21 og for lovens oppbygning.

I Rt. 1991 s.668 (4-1) (på side 675) uttalte Høyesterett at det biologiske prinsipp får mindre betydning når det er tale om langvarige fosterhjemsplasseringer. I denne saken hadde gutten vært i fosterhjem fra han var spedbarn og til han var 8 år. På tross av dette ble han tilbakeført til foreldrene.

Videre kan hensynet til kontinuitet i omsorgen trekke i retning av at barnet skal forbli i hjemmet. Da er dette forenelig med det biologiske prinsipp. Men i mange tilfeller er dette et hensyn som trekker i motsatt retning av det biologiske prinsippet.³¹

Hensynet til kontinuitet kan og ivaretas gjennom samvær mellom de biologiske foreldre og barnet.³²

2.3 Mildeste inngreps prinsipp

Dette prinsippet går ut på at et tiltak ikke kan iverksettes dersom det er tilstrekkelig med et mindre inngripende tiltak. Prinsippet er ikke gitt en selvstendig plass i barnevernloven, men kommer til uttrykk flere steder, bl.a.: §§ 4-12 andre ledd: ”*Et*

²⁹ Ot.prp.nr. 69 (2008 – 2009) 3. Presisering av kriteriene for tilbakeføring etter omsorgsovertakelse, 3.1 Gjeldende rett (<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/regpubl/otprp/2008-2009/otprp-nr-69-2008-2009-/3.html?id=556269> 25.10.11)

³⁰ Bl.a. Adele Johansen mot Norge dom i EMD 7. august 1996

³¹ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 78

³² Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 77

vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.” og 4-3 annet ledd første punktum: *”Undersøkelsen skal gjennomføres slik at den minst mulig skader noen som den berører, og den skal ikke gjøres mer omfattende enn formålet tilsier.*” Og i forarbeidene³³ sies det at det mildeste inngreps prinsipp er et av de prinsippene barnevernloven bygger på.

Prinsippet er og lik det som følger av EMKs krav i art. 8 om nødvendighet, hvor man spør om tiltaket er nødvendig for å oppnå målet, eller om et mildere tiltak er tilstrekkelig. Det kreves forholdsmessighet mellom tiltaket og målet, og det må være nødvendig i den forstand at det skyldes et påtrengende samfunnsbehov.³⁴

I bvl. er det sammenheng mellom tiltakets inngripende karakter og vilkårene for tiltakene. Vi anser hjelpetiltak som mildest og for disse er det kun krav om at barnet har særlig behov for hjelp. Mest inngripende tiltaket er tvangsadopsjon etter bvl. § 4-20 og her finner vi lovens strengeste vilkår.³⁵

Det anses tradisjonelt alltid som mildere at barnet flytter hjem til sine biologiske foreldre enn at det forblir i fosterhjemmet. Å oppheve et omsorgsvedtak og tilbakeføre et barn er altså mildere enn å opprettholde den tvungne omsorgsovertakelsen. Prinsippet samsvarer ofte med det biologiske prinsipp, fordi et mindre inngripende tiltak ofte betyr at barnet får fortsette å bo hjemme.³⁶ Men sett fra barnets ståsted så er det ofte motsatt, for eksempel vil et barn som har bodd i fosterhjem de siste 8 år oppleve det som mildere å få fortsette å bo i fosterhjemmet.³⁷

³³ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven s. 19

³⁴ Lena R. L. Bendiksen, Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer, 2008 s. 212

³⁵ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 204

³⁶ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 48 og s. 44

³⁷ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s.428

2.4 Barnets beste

Det er barnet som skal være i fokus, det skal tas hensyn til hans/hennes behov og interesser. Det skal foretas en vurdering av situasjonen konkret for det enkelte barnet. Å bare ta hensyn til hva som generelt er bra er altså ikke tilstrekkelig her.³⁸

Hensynet til barnets beste er nedfelt i bvl. § 4-1. Det slås fast at ved anvendelse av alle bestemmelsene om særlige tiltak fra barnevernet skal det legges ”avgjørende vekt” på hva som er til beste for barnet. Dette er også slått fast i FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1, hvor det sies at barnets beste er et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som angår barn. Barnets beste er her ”et grunnleggende hensyn”, og ikke ”det grunnleggende hensynet.” Det gis her anvisning på en avveining mellom barnets interesser og andre interesser.³⁹ Barnekonvensjonen er inkorporert som norsk lov og har forrang dersom prinsippet kommer i konflikt med øvrig norsk lovgivning.

Hensynet er avgjørende ved skjønnsutøvelsen i barnevernsloven. Om man skal iverksette et tiltak eller ikke, eller om man skal velge et tiltak fremfor et annet, så skal det alternativet som er til beste for barnet velges.⁴⁰

Barnets beste er og et grunnleggende hensyn i barnevernloven. Det skal her veie tyngre enn andre interesser. Er det konflikt mellom barnets beste og hensynet til foreldrene, må foreldrene vike. Men ofte er det samsvar mellom de to, der de begge har et felles ønske om å få leve et godt liv sammen.⁴¹

I bestemmelsen i bvl. § 4-1 er det nevnt stabil og god voksenkontakt som noe av det en skal legge vekt på. I tillegg er det et kontinuitetsprinsipp i denne bestemmelsen. Med stabil voksenkontakt menes at barnet må få fortsette å ha kontakt med de voksne det har hatt kontakt med selv om omsorgssituasjonen endres. Det siktes til den som har hatt den daglige omsorgen for barnet. Men også andre kan være aktuelle, for eksempel fosterforeldrene etter at omsorgsovertakelsen oppheves. Dette siste følger av en antitetisk tolkning av forarbeidene, Sandberg mener det burde ha kommet mer eksplisitt

³⁸ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett II*, 3. utg., Oslo 2008 s. 235

³⁹ Trude Haugli, ”Det mangfoldige barnets beste” i *Bonus Pater Familias* Festskrift til Peter Lødrup, 70 år, Oslo 2002 s. 313–327 (s. 317).

⁴⁰ FAB 2003-2, *Hensynet til barnets beste i barnevernssaker*, av Knut Lindboe, s. 114

⁴¹ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett II*, 3. utg., Oslo 2008 s. 236 her vises det til Elisabeth Gording Stang, *Det er barnets sak*, Oslo, 2007 s. 98-101

til uttrykk dersom lovgiver hadde ment noe annet her. Hvilken omsorgsperson barnet har god kontakt med, og som man bør opprettholde fortsatt kontakt med, vil variere. I forarbeidene er det lagt vekt på de biologiske foreldrene. Men også andre voksne enn de biologiske foreldrene vil være aktuelle.⁴² Som for eksempel eldre søsken, besteforeldre og andre nære slektninger.

I forarbeidene til bvl. § 4-21 er det uttalt at hensynet til barnets beste må være ”det alminnelige utgangspunkt for vurderingen av disse sakene.”⁴³ Det skal tas stilling til hva som er til barnets beste både på kort og lang sikt.⁴⁴

Hensynet til barnets beste gir ikke anvisning på en bestemt løsning, slik som det mildeste inngreps prinsipp gjør.⁴⁵ Det er en helhetsvurdering som skal foretas av barnets situasjon, og hvilke alternativer en står ovenfor.

Hva som ligger i barnets beste er ikke noe fast, men noe som varierer over tid, og ut ifra hvor man befinner seg, ut ifra situasjonen en befinner seg i, ut ifra hvilken kultur man har og ikke minst fra barn til barn. Prinsippet viser ikke ”til en entydig og enkel vurdering som alltid gir ett svar. Hva som er til barnets beste, kan ikke alltid sikkert fastslås, og ulike sider av hensynet kan tale for ulike løsninger”.⁴⁶ Et eksempel på at det er situasjonsbestemt har vi i Rt. 1995 s. 447 (dissens 3-2) (på side 451), her sier høyesterett: ”Det avgjørende er hva som er best for E i den situasjon som er oppstått”. En 13,5 år gammel gutt hadde opplevd brudd med fosterforeldrene og ble tilbakeført til sin far.

Barnets beste er et vidt begrep, og det er ikke lett å fastslå konkret hva dette begrepet innebærer. Det er et faguttrykk. Samtidig dreier det seg om verdier, om menneskeverd, barnets følelser, smerte og sorg.⁴⁷

⁴² Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 48 jfr. Innst. O. nr. 80 (1991–92) s. 13

⁴³ NOU 1985: 18 s. 170

⁴⁴ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett II*, 3. utg., Oslo 2008 s. 237

⁴⁵ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 48

⁴⁶ Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer*, 2008 s. 172

⁴⁷ Trude Haugli, ”*Det mangfoldige barnets beste*”, i *Bonus Pater Familias*, Festskrift til Peter Lødrup 70 år, Oslo 2002, s. 313–327 (s. 314)

Eksempler på avveininger opp mot barnets beste er EMK artikkel 8 om retten til familieliv, FNs barnekonvensjon art. 9 om at barn skal ikke atskilles fra foreldrene sine med mindre det er nødvendig som følger av hensynet til barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp. Det er imidlertid ikke noe automatisk motsetningsforhold mellom barnets beste og de nevnte rettighetene og prinsippene, og noen ganger kan de til og med trekke i samme retning.

Dertil kommer at legalitetsprinsippet medfører en begrensning i hensynet til barnets beste. En kan ikke begrunne et tiltak med at det er til barnets beste, det må også ha hjemmel i lov.⁴⁸

2.5 Barns rett til forsvarlig omsorg

Det er allmenn enighet om at omsorg er å gi barnet trygghet og kjærlighet, beskyttelse, mat, hjem, stell og rene klær. Og sørge for at barnet får utvikle seg og gi det trygge rammer for sin oppvekst.⁴⁹

Det er en grunnleggende rettighet, bl.a. nedfelt i EMK. I tillegg har både barneloven og Barnekonvensjonen regler som gir barnet rett til forsvarlig omsorg.

Etter EMK har barnet rett til liv etter art. 2 og barnekonvensjonen art. 6 nr.1 bestemmer at staten skal sikre at barnet overlever og vokser opp. Det er en forutsetning for at barnet skal ha et liv og få mulighet til å vokse opp er at det blir tatt vare på og gitt omsorg.⁵⁰ Det er for øvrig i barnekonvensjonen nevnt mange andre rettigheter for barn. Barnekonvensjonens innledning tar opp viktigheten av å gi barn nødvendig omsorg, det vises her til EMK art. 3 om forbud mot nedverdiggende behandling som også gjelder for barn.⁵¹ Barnets rett til omsorg er med denne bestemmelsen en menneskerettighet. Denne retten er absolutt. Barnekonvensjonen art. 3 nr. 2 forplikter staten til å sørge for at

⁴⁸ Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer*, 2008 s. 172

⁴⁹ Jfr. bl.a. Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven s. 19 og barnekonvensjonen

⁵⁰ Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer*, 2008 s. 100

⁵¹ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 96 her vises det til Z m. fl. mot Storbritannia, Dom i storkammer 10.mai 2001

barnet mottar forsvarlig omsorg.⁵² Videre så gir barnekonvensjonen art. 20 nr. 2 barn som må tas bort fra sitt familiemiljø en særlig rett til omsorg. Samlet sett er det ikke tvil om at hele barnekonvensjonen dreier seg om retten til omsorg.

At omsorgen skal være forsvarlig innebærer en beskyttelse mot omsorgssvikt. Omsorgen må holde seg på et visst nivå slik at det ikke blir nødvendig for barnevernet å gripe inn. En antitetisk tolkning av flere bestemmelser i barnevernloven tilsier at det er en lovpålagt plikt å gi barn forsvarlig omsorg.

Barneloven § 30 gir barnet en rett på omsorg fra sine omsorgspersoner. For de som bare har samværsrett med barnet bestemmer barneloven § 42 annet ledd første punktum at *”Barnet har krav på omsut og omtanke frå den som er saman med barnet.”* Etter rettspraksis omkring vilkåret i § 4-21 første ledd første punktum skal barnet ha en omsorg som dekker dens omsorgsbehov, jfr. bl.a. Rt. 1996 s.1203.

.

3. Gjeldende rett

3.1 Hvem kan kreve tilbakeføring etter bvl. § 4-21?

Søksmålsadgang etter bvl. § 4-21 har den av foreldrene som har rett til å få hele eller deler av omsorgen ved en oppheving av et omsorgsvedtak. I Rt. 1998 s. 912 bemerket Høyesteretts kjæremålsutvalg at siden moren var berettiget i til å få omsorgen hadde hun søksmålsadgang. Barnet bodde hos far da det kom under barnevernets omsorg, men et senere rettsforlik mellom foreldrene gav moren den daglige omsorgen. Fosterforeldre kan følgelig ikke reise sak.

Dersom det ikke er avklart hvem av foreldrene som skal ha omsorgen for barnet, kan ingen av dem gå til sak for å få opphevet omsorgsovertakelsen, jfr. Rt. 1997 s. 1704 (Høyesteretts kjæremålsutvalg). Reglene må være slik på grunn av at fylkesnemndene

⁵² Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s.97-98

eller domstolene ikke kan ta omsorgen fra den ene av foreldrene og gi den til den andre.⁵³

I tillegg har barnevernet kompetanse og plikt til å reise sak. I praksis skjer det i noen tilfeller tilbakeføring også uten at det blir reist sak, til tross for at det er bestemt i bvl. § 4-21 at det er Fylkesnemnda som skal avgjøre dette. I slike tilfeller oversender barnevernet saken til Fylkesnemnda først i ettertid. Saken blir derfra enten avvist med den begrunnelse at vedtaket er bortfalt, eller så blir den behandlet.⁵⁴

3.2 Partene i saken

Barn over 15 år er etter bvl. § 6-3 annet ledd første punktum part i saken, og yngre barn er følgelig ikke part. Dog er det et unntak fra dette, i særskilte tilfeller kan barn under 15 år få tillatelse fra Fylkesnemnda eller domstolene til å opptre som part.⁵⁵ Unntak for barn med atferdsvansker, de er alltid part i saken, jfr. siste punktum. Barn med atferdsvansker og barn over 15 år kan selv angripe et vedtak om omsorgsovertakelse med rettslige midler.⁵⁶

Fosterforeldre kan ikke opptre som part i saken, jfr. Rt. 1993 s. 1570 og Rt. 1995 s. 2000 (Begge avgjørelsene er av Høyesteretts kjæremålsutvalg).

⁵³ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utg. Oslo 2009 s. 212-213

⁵⁴ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utg. Oslo 2009 s. 210

⁵⁵ Jfr. bvl. § 6-3 (2) annet punktum for tillatelse av Fylkesnemnda og for domstolene se Rt. 1998 s. 1592

⁵⁶ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utg. Oslo 2009 s. 217

3.3 Barnevernloven § 4-21

3.3.1 Innledning

Bvl. § 4-21 er tilbakeføringsbestemmelsen, den er plassert i lovens kapittel 4 om særlige tiltak. Etter første ledd første punktum skal vedtaket oppheves når foreldrene igjen er i stand til å gi barnet forsvarlig omsorg, men etter annet punktum skal det likevel ikke oppheves dersom det har fått en slik tilknytning til fosterforeldrene og at en flytting kan medføre alvorlige problemer for barnet.

En omsorgsovertakelse er ment å være midlertidig⁵⁷, og det er ikke adgang til å treffe vedtak om varig omsorgsovertakelse.

Domstolene har i barnevernssaker adgang til å prøve alle sider av saken, jfr. Bvl § 7-24 og Tvl. § 36-5 (3). Det er tillagt domstolene samme kompetanse som barnevernet, de er ikke bundet av tidligere avgjørelser og kan avsi dom som er mer eller mindre inngripende enn den forrige avgjørelsen.

Det er situasjonen slik den er på overprøvingstidspunktet som skal legges til grunn når en skal vurdere om vilkårene er oppfylte for å tilbakeføre barnet. Det er ikke av betydning om vilkårene ikke var oppfylte da omsorgsovertakelsen skjedde, jfr. Rt. 1996 s. 1203. En skal se bort i fra dette og vurdere på nytt om vilkårene er tilstede. Selv om det er et vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12 som angripes er det fortsatt situasjonen på domstidspunktet som gjelder, jfr. Rt. 2002 s. 875.

Etter første ledd siste punktum har fosterforeldre rett til å uttale seg om saken før det treffes en avgjørelse om tilbakeføring.

3.3.2 Vilkår om forsvarlig omsorg

Vi lever i et komplekst moderne samfunn. Vi er stadig i dynamisk utvikling, og folk lever i dag nokså ulike liv. I tillegg er vi også blitt et multikulturelt samfunn. Det finnes således ingen "riktig" måte å oppdra et barn på. Men det er en enighet i samfunnet om hva som i alle tilfeller ikke er akseptabelt. En antar at det er som flertallet i Rt. 1996 s.

⁵⁷ Steinar Tjomsland, Omsorgsovertakelse – Hovedprinsipper og synspunkter (s. 11 - 21) i *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 s. 15

1684 (sitert fra lagmannsrettens flertall) uttaler: ”om hun fungerer innenfor det såkalte normalområdet”. – At det er en variasjonsbredde med tanke på hva som anses å være normalt. Sterke avvik fra dette vil gi grunnlag for samfunnets inngripen.

§ 4-21 første ledd første punktum lyder:

”Fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg”

Det første vi kan slå fast er at det her kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt.

Mer om dette nedenfor under punkt 3.7 Beviskrav i tilbakeføringssaker.

Bestemmelsen bruker ordet ”skal”, dette behandles nedenfor under et eget punkt 3.3.4 Skal skje dersom vilkårene er oppfylt.

At omsorgen må være forsvarlig innebærer en kvalifisering. Et annet ord som kan bedre beskrive dette er at omsorgen må være ”riktig”, se ovenfor. Det igjen er et ord som viser at det er visse grenser for hva som er å anse som riktig eller ikke.

I forarbeidene sies det at ved vurderingen skal det: *”både ses hen til om foreldrene kan ivareta de ytre rammene for forsvarlig omsorg, slik som bolig, klær, hygiene og nødvendig oppfølging i forhold til skole og fritid, samt om foreldrene kan ivareta barnets behov for følelsesmessig kontakt og trygghet. Det skal foretas både en nåtids- og en framtidsvurdering.”*⁵⁸

Det er etter bestemmelsen både et krav om at omsorgen skal være forsvarlig, og at den skal forbli det. Vilkåret er ikke oppfylt dersom omsorgssituasjonen kun er forsvarlig for øyeblikket.⁵⁹

Dersom omsorgen bare er forbedret i forhold til det den var da den ble fratatt, vil det i de aller fleste tilfeller ikke være nok til å få tilbakeføring.⁶⁰ Foreldrenes situasjon må ha

⁵⁸ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven s. 19

⁵⁹ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utg. Oslo 2009 s. 201

⁶⁰ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 195

endret seg vesentlig til det bedre eller være radikalt endret, og en eventuell risiko for tilbakefall for foreldre som er tidligere rusmisbrukere må tas i betraktning.⁶¹

Det er strenge krav som skal til før en omsorgssituasjon anses som for dårlig. Videre er det foreldrenes omsorg overfor det konkrete barnet som skal begrunne omsorgsovertakelsen og ikke personlighetstrekk eller tilstand.⁶² Selv om mor for eksempel er psykisk syk så er det ikke dermed sagt at hun ikke kan ha omsorgen, man må se på hvordan hennes sykdom vil påvirke hennes omsorgsevne, jfr. Rt. 1992 s. 1303. På den andre siden så kan en heller ikke tilbakeføre for å hjelpe f.eks. en psykisk syk mor, støtte opp om rehabilitering, eller utad fremstå som en vellykket familie. Dette er ikke forenelig med hensynet til barnets beste.⁶³

Videre så skal det ikke foretas en vurdering av foreldrenes skyld, men Høyesterett ser på årsakssammenheng i disse tilfellene. Det er også vanskelig å ta inne en skyldvurdering her, foreldrene har kanskje selv blitt utsatt for omsorgssvikt, og det er heller vanskelig å sette seg inn i foreldrenes situasjon.⁶⁴

De biologiske foreldrenes omsorgsevne skal vurderes isolert sett, jfr. Rt. 1996 s. 1203. Det skal ikke foretas en sammenligning med fosterhjemmet. Dette er den store hovedregel, men det kan tenkes unntak. For eksempel at vi står overfor et fosterhjem med gode utviklingsmuligheter for barnet og som kan ivareta dette barnets spesielle behov, mens de biologiske foreldrene kun har passert minimumsnivået for forsvarlig omsorg etter § 4-21, jfr. Rt. 1986 s 1189 (på s 1195). Når det er så stort sprik mellom foreldrenes og fosterforeldrenes omsorgsevne kan det i seg selv kan føre til problemer for barnet å bli flyttet.⁶⁵ Videre er det at omsorgsevnen ikke kan sammenlignes med fosterfamiliens omsorgsevne, i de tilfeller fosterfamilien er vesentlig bedre, en begrensning i hensynet til barnets beste.

Foreldrenes omsorgsevne må vurderes etter barnets behov, jfr. Rt. 1996 s. 1203. Barn med kontaktskade har spesielle omsorgsbehov. Slike skader oppstår bl.a. gjennom

⁶¹ NOU 1985: 18 s. 170

⁶² Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 193

⁶³ NOU 1985: 18 s. 170

⁶⁴ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 203

⁶⁵ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 197

omsorgssvikt før barnevernet griper inn og overtar omsorgen. Se Rt. 1987 s. 289 og 1990 s. 838⁶⁶

I noen situasjoner kan barn bli tilbakeført til foreldrene selv om vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er oppfylt. Det er da til barnets beste å bli tilbakeført. Eventuelle andre omsorgssituasjoner for barnet fungerer dårligere, jfr. Rt. 2004 s. 999 og Rt. 1995 447 (dissens 3-2), her ble omsorgsovertakelsen opphevet til tross for at Høyesterett ikke fant at faren hadde en tilstrekkelig omsorgsevne til å dekke guttens store omsorgsbehov. Førstvoterende uttalte (på side 451): ”Faren vil neppe kunne gi E den omsorg han ideelt sett bør ha.” Dette viser også at det er en konkret vurdering av hva som er til det beste for barnet. Her hadde man ikke et fosterhjem som kunne ha gitt barnet bedre utviklingsmuligheter.

Er det tale om omsorgsovertakelsen til flere barn, skal hver av disse vurderes for seg. Et barn kan ha større behov for omsorg enn et annet. Det stilles større krav til omsorgsevnen for et barn med spesielle behov enn evnen til å dra omsorg for et alminnelig barn, jfr. Rt 1996 s 1203. Dette fremkommer også i forarbeidene: *”Hva som anses som forsvarlig omsorg, må vurderes i hvert enkelt tilfelle ut i fra hva det enkelte barn har behov for. Der barnet har særlig hjelpebehov vil det derfor kunne være slik at alminnelig god omsorgsevne ikke er tilstrekkelig.”*⁶⁷ Samtidig kan man ha god nok omsorgsevne for et nytt barn selv om omsorgsevnen ikke strekker til for barnet som har flyttet, jfr. bl.a. Rt. 1986 s. 1189 og Rt. 1992 s. 242.

Det stilles store krav til foreldrenes omsorgsevne dersom barnet antas å ville få problemer ved en tilbakeføring.⁶⁸ De må kunne takle disse problemene som oppstår og ha evne til å hjelpe barnet å komme seg igjennom dem.

Når en skal vurdere foreldrenes omsorgsevne må en og ta i betraktning at de kan få hjelp utenfra. Det kan være snakk om behandlingstilbud, avlastning osv. Følgelig kan

⁶⁶ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 201

⁶⁷ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven s. 19

⁶⁸ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utg. Oslo 2009 s. 203

omsorgsevnen bli tilstrekkelig med hjelpetiltak.⁶⁹ Men noen behov er av en slik art at det ikke nytter å sette inn hjelpetiltak. Det er og grenser for hvor mye ”hjelp en familie makter å motta”, jfr. Rt. 1982 s. 764 (på s. 770).

Barnevernet har fra tid til annen plikt til å undersøke om omsorgssituasjonen har forbedret seg, jfr. K. og T. mot Finland.⁷⁰ Saken gjaldt en schizofren mor som ble fratatt omsorgen for begge barna sine. I denne saken tvilte domstolen på om omsorgssituasjonen var så dårlig som finske myndigheter hevdet. Dette, sier Sandberg, kan ha sammenheng med resultatet de kom til, at myndighetene hadde en plikt til å revurdere omsorgsovertakelsen.⁷¹ Også bvl. § 4-16 inneholder en plikt til undersøkelse av omsorgssituasjonen.⁷²

3.3.3 Tilknytningskriteriet (alvorlige problemer)

Unntaksbestemmelsen i bvl. § 4-21 første ledd annet punktum er utformet slik:

”Avgjørelsen skal likevel ikke oppheves dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet.”

Etter ordlyden ”kan føre til ” forstår en at det er tilstrekkelig med en mulighet eller risiko for at det kan oppstå alvorlige problemer. Det er en risikovurdering som skal foretas, og det er et krav om at om det foreligger en reell fare. Her utelukkes konstruert risiko. En spør om det er reell fare for skadevirkninger av betydning sett på lengre sikt, jfr. Rt. 1987 s. 805, Rt. 1992 s. 302 og Rt. 1995 s. 350. Problemer av forbigående karakter er ikke til hinder for en tilbakeføring, Rt. 1997 s. 170.

⁶⁹ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 199

⁷⁰ K. og T. mot Finland, Dom i storkammer 12.juli 2001

⁷¹ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s.163

⁷² Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 193-194 her vises det til K. og T. mot Finland, Dom i storkammer 12.juli 2001

Videre må det være snakk om ”alvorlige problemer”. De problemene som oppstår ved flytting må være unormalt store. Problemene må således både være av en viss styrke og av en viss varighet. Hvor lenge en evt. overgangsperiode med alvorlige problemer kan være er usikkert, men Sandberg sier de må gå over innen rimelig tid. Hun sier videre at graden av alvorligheten er betegnet i dommene som alvorlig, betydelig, dyptgående, grunnleggende. Og at det er snakk om psykiske skader i alle sakene som det var snakk om alvorlige problemer.⁷³

Tilnytning til mennesker i annet punktum gir anvisning på en vurdering av hvilken kontakt og relasjon barnet har til fosterfamilien. Om barnet har bodd lenge i fosterhjem, taler det mot en tilbakeføring fordi barnet normalt da har fått en slik tilknytning. I Rt. 1992 s.242 (på side 249) uttalte førstvoterende: *”Når et barn har knyttet seg til de psykologiske foreldre i fosterhjem, vil en tilbakeføring alltid være problematisk. Dette gjør seg særlig gjeldende i et tilfelle som dette hvor omsorgsovertakelsen skjedde før barnet hadde etablert noen tilknytning til sin biologiske mor. En tilbakeføring vil kunne være mindre problematisk når det er spørsmål om reetablering av et forhold som tidligere har bestått”* Om barnet kjenner sin biologiske familie, kan det lettere tilbakeføres selv etter en langvarig fosterhjems plassering.

Det taler og mot en tilbakeføring om barnet har vært i fosterhjem siden spedbarnsalderen. Barnet ser da på fosterforeldrene som sine psykologiske foreldre. Likevel har Høyesterett i to tilfeller, Rt. 1984 s. 289 og Rt. 1991 s. 668, opphevet omsorgsovertakelsen selv om barnet har vært i fosterhjem fra det var noen måneder og til det var 7-8 år. I den førstnevnte saken kjente ikke de biologiske foreldre og barnet hverandre. Det kan spørres om begge sakene bygget på en underliggende rettferdighetstankegang. Saksbehandlingstiden hadde trukket ut og foreldrene kunne ikke bebreides for dette.⁷⁴

Når en skal vurdere om det vil føre til alvorlige problemer å flytte barnet, må en se hen til hvor sårbart eller robust barnet er. Dette kalles også for motstandsdyktighet, dette

⁷³ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 214

⁷⁴ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 295

fordi det klarere gir uttrykk for at det er snakk om grad, ikke enten sårbart eller robust. Den generelle motstandsdyktigheten er større hos et barn med roligere temperament. Videre så takler gutter belastninger dårligere enn jenter. Intellektuelle og sosialt orienterte barn har også større motstandsdyktighet.⁷⁵

Vilkåret om at det må foreligge alvorlige problemer for barnet at det flyttes, innebærer en begrensning i hensynet til barnets beste. Fordi problemene må være alvorlige før tilbakeføringen nektes. Sandberg kaller dette for en kvalifisert barnets beste vurdering. Hvis en omsorgsovertakelse skal opprettholdes så må den være til barnets beste, i og med at dette er et tiltak etter § 4-1. Det vil den være dersom det ville ført til alvorlige problemer ved en flytting. Disse to vurderingene henger nøye sammen, etter § 4-1 skal det i barnets beste - vurderingen legges vekt på stabilitet og kontinuitet og en god voksenkontakt, altså de samme momentene som i vurderingen av alvorlige problemer som følger av flytting⁷⁶

3.3.4 Skal skje dersom vilkårene er oppfylt

Etter ordlyden ”fylkesnemnda skal oppheve..” fremstår dette som en pliktsbestemmelse. Såfremt vilkåret om forsvarlig omsorg er oppfylt og unntaket i annet punktum ikke kommer til anvendelse, er det ikke mulig for forvaltningen å foreta et skjønn her.

Barnevernstjenesten har etter bvl. § 4-16 plikt til av eget tiltak å reise sak om tilbakeføring dersom den ser at situasjonen har bedret seg slik at foreldrene har krav på å få tilbakeført barna sine. De må kontinuerlig følge utviklingen til så vel barnet som foreldrene i omsorgsovertakelsessakene.

I forarbeidene uttalt at: ”Avgjørelsen av om vilkårene for tilbakeføring er til stede, herunder om foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, vil alltid måtte bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering av alle relevante opplysninger i saken.” Dette taler i motsatt retning av en streng fortolkning av ordlyden i bestemmelsen.⁷⁷

⁷⁵ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 125-126

⁷⁶ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 190

⁷⁷ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven s. 25

Det skal altså både etter første og etter annet punktum i bvl. § 4-21 foretas en helhetsvurdering. Unntaksbestemmelsen i annet punktum er forholdsvis vid. Her er det en bred helhetsvurdering som skal foretas, slik at det kan lett tenkes at en får tilfeller der vilkåret om forsvarlig omsorg etter første punktum er oppfylt, og at retten anvender unntaksbestemmelsen selv om den etter lovens ordlyd ikke skulle gjøre det.

Plikten til å oppheve gjelder bare for de tilfeller der foreldrene er i stand til å gi forsvarlig omsorg. Det følger av en antitetisk tolkning av ordlyden at for de tilfeller vilkåret ikke er oppfylt, kan omsorgen ikke oppheves. Men noen ganger kan en få tilbakeføring selv om omsorgssituasjonen ikke er forsvarlig. Et eksempel er Rt. 1995 s. 447 (dissens 3-2). Alternativene var nemlig ikke noe bedre. Hovedregelen er da at omsorgen ikke oppheves dersom vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er tilstedet, og unntak for de tilfeller der omsorgssituasjonen under fortsatt offentlig omsorg er usikker, og det er til barnets beste å oppheve omsorgen.⁷⁸

3.3.5 Begrensninger i muligheten for å reise ny sak

Dersom en sak har vært oppe til behandling i Fylkesnemnda, må en vente ett år før en kan gå til ny sak om tilbakeføring, jfr. bvl. § 4-21 annet ledd første punktum. Ny sak må da reises for fylkesnemnda, og nemndsleder kan gjøre unntak fra fristen.⁷⁹

Begrensningen ble ytterligere skjerpet ved lov av 1. desember 2006 nr. 65. Ny bestemmelse i annet ledd annet punktum setter en stopper for å reise ny sak dersom det er reist sak tidligere, og denne endte med at tilbakeføring ble nektet på grunn av unntaksbestemmelsen om tilknytning/alvorlige problemer. Unntaksvis kan det likevel reises ny sak dersom det kan dokumenteres at det har skjedd vesentlige endringer i barnets situasjon.

⁷⁸ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 206-207

⁷⁹ Knut Lindboe, *Barnevernloven*, 7. utg., Oslo 2011, s. 69

Annet ledd gjelder ikke for barnevernets adgang og plikt til å reise ny sak om tilbakeføring. Dersom vilkårene for å oppheve omsorgen foreligger, skal barnevernet reise sak, også om det er under ett år siden forrige sak var oppe.⁸⁰

3.4 Når skal en vurdering skje etter bvl. §§ 4-21 kontra 4-12?

Forholdet til bvl. § 4-12 Vedtak om å overta omsorgen for et barn: Når skal saken vurderes etter denne bestemmelsen?

Avgjørende for denne problemstillingen er om vedtaket om omsorgsovertakelse er iverksatt eller ikke. Er vedtaket satt i verk, skal det foretas en vurdering etter § 4-21, og for de som ennå ikke er satt i verk, er det § 4-12 som gjelder, uavhengig av hvor lang tid det har gått, jfr. Rt. 1994 s. 1105.

De siste dommene om tilbakeføring er vurderinger etter § 4-12 samt § 4-21 annet punktum. Siste dom for Høyesterett som vurderes etter bvl. § 4-21 første og annet punktum er Rt. 1997 s.170.

Rt 2004 s. 999: *”Fylkesnemndas vedtak skal vurderes etter kriteriene for omsorgsovertakelse i barnevernloven § 4-12, selv om barnet befinner seg i fosterhjem, og det reelt sett er tale om tilbakeføring, jf. § 4-21.”* Denne dommen gjentar det som er blitt sagt tidligere i Rt. 2002 s. 327 og i Rt. 2002 s. 875.

Rt. 2002 s. 875 Spørsmålet var om det var alvorlige mangler ved morens omsorgsevne slik at vilkårene i § 4-12 ikke var til stede. Høyesterett kom til at vilkårene tvilsomt forelå. Det skal da foretas en vurdering etter unntaksbestemmelsen i bvl. § 4-21 første ledd annet punktum og moren fikk ikke medhold i kravet om tilbakeføring.

Kravet til forsvarlig omsorg er strengere etter bvl. § 4-21 enn den er etter § 4-12, jfr. bl.a. Rt. 1996 s. 1684. Etter EMDs praksis er det også oppstilt et strengere krav til omsorgssituasjonen. Statene er forpliktet til å hindre at barnet kort tid etter at det har

⁸⁰ Knut Lindboe, *Barnevernloven*, 7. utg., Oslo 2011, s. 69

blitt tilbakeført igjen må flytte fordi omsorgssituasjonen har gått under grensen til forsvarlig.⁸¹

Men det er slått fast i rettspraksis at vurderingen etter de to bestemmelsene skal være den samme. Det vil si at dersom det er det opprinnelige vedtaket som skal prøves, må en likevel foreta en vurdering etter de strengere krav til omsorgsevnen etter § 4-21.⁸²

3.5 § 4-21 jfr. EMK art. 8

Retten til familieliv i EMK art. 8 er til vern mot vilkårlige inngrep fra det offentlige. Et inngrep kan være å hindre at en forelder får ha samvær med barnet sitt. Men inngrepet innebærer ikke en krenkelse dersom det er gjort med hjemmel i annet ledd i bestemmelsen.

Retten til familieliv, herunder retten til å ha omsorgen til sine barn, er en menneskerettighet som ikke er absolutt. Barnekonvensjonens art. 9. bestemmer at inngrep fra det offentlige i retten til familieliv er tillatt dersom det er til barnets beste. Sp art. 17 tillater inngrep i familielivet så lenge det ikke anses for vilkårlig.⁸³

Det er et vern i denne bestemmelsen for familien fra å bli adskilt fra hverandre. Selv om det er skjedd en omsorgsovertakelse så mister de ikke denne retten.⁸⁴ Det kreves en spesiell tilknytning mellom familiemedlemmene for at det skal kunne bli oppfattet som en krenkelse. For mor er det et "*familieliv*" mellom henne og barnet fra og med fødselen av, men for far er det avgjørende for om han har hatt et "*familieliv*" med mor.⁸⁵ Det kan foreligge et "*familieliv*" mellom barnet og andre nære

⁸¹ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 195

⁸² Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 195

⁸³ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 98

⁸⁴ Loftsgaard og Alstad 2003 i Steinar Tjomslands, *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 (s. 69 – 112) s. 76, her vises det til blant annet Olsson og Andersson mot Sverige, Dom 24. mars 1988, serie A nr. 130 og 25. februar 1992, serie A nr. 226 A

⁸⁵ Loftsgaard og Alstad 2003 i Steinar Tjomslands, *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 (s. 69 – 112) s. 76

familiemedlemmer. Forholdet deres må da vurderes konkret. Det har betydning i denne sammenheng om barnet bor sammen med et familiemedlem.⁸⁶

Unntaket følger av annet ledd, der det er krav om at inngrepet må være hjemlet i nasjonal lovgivning. Det må være et legitimt formål og være ”*nødvendig i et demokratisk samfunn*”.

EMD er tilbakeholden med å prøve om hjemmelskravet er oppfylt. Dette overlater de til nasjonale domstoler. Videre er det et krav om klarhet og presisjon i loven slik at det skaper forutberegnelighet overfor borgerne. Er det rom for forvaltningen til å foreta skjønn, kreves det at det er klare grenser for dette skjønnet og for hvordan det skal benyttes.⁸⁷

Legitime formål i barnevernsaker som kan utledes fra annet ledd er å beskytte barns helse, rettigheter og friheter. Myndighetene har ikke hjemmel til å gripe inn i familielivet ut i fra andre formål enn disse.

I tillegg må inngrepet være ”*nødvendig i et demokratisk samfunn.*” Det som menes er at samfunnet har visse tvingende behov (”*a pressing social need*”) som det er nødvendig med et inngrep for å ivareta. For eksempel at det er til samfunnets beste at et barn blir ivaretatt. Det kreves forholdsmessighet mellom inngrepet og målet med inngrepet.

Det er og et krav om at statene begrunner inngrepet relevant og tilstrekkelig (”*relevant and sufficient*”).

Statene har en skjønnsmargin når det gjelder hvilke hensyn som anses nødvendig å gripe inn for å ivareta. Denne skjønnsmarginen vil variere fra stat til stat, og av grad av alvorlighet. EMD har gitt landene betydelig skjønnsmargin for omsorgsovertakelse, men er strengere med kontrollen når det gjelder fratakelse av foreldreansvar og begrensninger av samvær.

⁸⁶ Loftsgaard og Alstad 2003 i Steinar Tjomslands, *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 (s. 69 – 112) s. 78

⁸⁷ Loftsgaard og Alstad 2003 i Steinar Tjomslands, *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 (s. 69 – 112) s. 79, her vises det til Eriksson mot Sverige, Dom 22.juni 1989 serie A nr. 121 B

Det er og av betydning om saken har vært godt nok opplyst, herunder om myndighetene har hatt tilstrekkelig med opplysninger om saken før de traff en avgjørelse. Og det prøves om det har vært satt inn mildere tiltak som ikke oppnådde sin hensikt.⁸⁸

Om EMK art. 8 gir foreldrene sterkere vern enn vår barnevernlov gjør: Tjomsland mener dette ikke er tilfellet. Etter praksis fra EMD skal det foretas en rimelig avveining mellom barnets interesse i fortsatt å være i barnevernets omsorg og foreldrenes interesse i å få barnet tilbake. (Jfr. bl.a. Adele Johansen saken) Denne tilnærmingen er ikke vanlig etter norsk rett. Men EMD sier videre at det skal legges særlig vekt på barnets interesser og at art. 8 ikke gir foreldrene rettigheter på bekostning av barnets helse og utvikling.⁸⁹

Innledningsvis i Rt. 2002 s. 875 avviste førstvoterende morens anførsel om at EMK art. 8 og saken K. og T. mot Finland⁹⁰ gir større vern overfor foreldre, han uttalte: *”Jeg kan ikke se at de rettigheter som følger av EMK artikkel 8 går lenger eller er andre enn det som følger av de strenge vilkår for omsorgsovertakelse etter barnevernloven”*.

3.6 Barnets rett til å uttale seg

Ett av hovedprinsippene i barnekonvensjonen er barns rett til å si sin mening og bli hørt. Bestemmelsen favner et vidt område og gjelder i alle sammenhenger det skal fattes en avgjørelse som angår barnet, også utenom barnevernet, for eksempel i skolesammenheng eller i helsesituasjoner. Art. 12. nr.1 bestemmer at barnet skal få anledning til å uttale seg, men også at det har rett til å la være. Barnets mening skal vektlegges etter barnets alder og modenhet. Formålet med denne bestemmelsen er at barn i større grad skal bli tatt på alvor i avgjørelser som omhandler dem.⁹¹

⁸⁸ Loftsgaard og Alstad 2003 i Steinar Tjomslands, *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 (s. 69 – 112) s. 82, her vises det til Olsson mot Sverige, Dom 24. mars 1988, serie A nr. 130

⁸⁹ Steinar Tjomsland, *Omsorgsovertakelse – Hovedprinsipper og synspunkter* (s. 11 - 21) i *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 s. 16

⁹⁰ K. og T. mot Finland, Dom i storkammer 12.juli 2001

⁹¹ Karl Harald Søvig, *Barns rettigheter på barns premisser*, Utredning for Barne – og likes.dep. s. 45 – 47 (http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/Utredning_Sovig_end_versj.pdf 5.11.11)

Barns rett til å uttale seg ble styrket etter innføringen av FNs Barnekonvensjon i 2003. Bvl. § 6-3 ble etter dette endret slik at barn som er fylt 7 år gis anledning til å uttale seg før det avgjøres bl.a. om tilbakeføringen skal skje, og barnets mening skal tillegges vekt etter alder og modenhet. Det er i rettspraksis lagt vekt på om barnets mening er dens egne veloverveide mening, eller om det er påvirket utenifra. Men også yngre barn som kan uttrykke sine ønsker, har rett til det.

Bvl. og bl. Har forskjellige bestemmelser når det gjelder vekten av barnets mening når barnet er over tolv år. Når et barn er 12 år skal det etter bvl. § 6-3 legges ”vekt” på barnets mening, mens bl. § 31 annet ledd sier at det skal legges ”stor vekt” på barnets mening. Sandberg mener bvl. må tolkes slik at det må legges stor vekt på barnets mening. Dette fordi det ikke står noe om det i forarbeidene, dette var rettstilstanden før loven kom og det bør kreves en begrunnelse for at den ikke gjelder lengre. Hun finner støtte for sitt syn hos Lindboe 1998 (s.179). Men hun tar forbehold: ”*med mindre noe annet følger av Høyesteretts praksis*”.

Barn fra 6 til 8 år klarer å uttrykke sine egne meninger, for yngre barn må man bruke andre metoder for å fastlegge barnets mening, for eksempel se på barnets reaksjon i samværssituasjoner. Men er barnet moden for alderen og klarer å uttrykke sine meninger selv om de er under 6 år, så skal de få anledning til det. Et barn på 5 år var ikke blitt tilstrekkelig hørt i en sak om samvær med far, og EMD fant at dette var et brudd på retten til familieliv etter EMK art. 8 i Sahin mot Tyskland, dom i Storkammer 11. 10. 2001.⁹²

Barnas meninger vektlegges i forhold til de øvrige argumentene i saken. Har barna skiftet mening flere ganger, eller det er grunn til å tro at det vil forholde seg lojal mot en av foreldrene så får meningen mindre vekt. Sandberg argumenterer for at barn som følger lojalitet overfor sine biologiske foreldre bør få slippe å ta den avgjørelsen.⁹³

Men det er noen ganger slik at man ser bort fra barnets mening. Dette gjelder særlig i de tilfeller barnet befinner seg i en lojalitetskonflikt overfor de biologiske foreldre.

Dommen i Rt. 1995 s. 447 kan illustrere dette. Her mener Høyesteretts mindretall (på

⁹² Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 264

⁹³ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 267-268

side 454) at gutten er lojal overfor faren, og at det av den grunn ikke bør tillegges vekt på hva gutten ønsker. Saken gjaldt en 13 og et halvt år gammel gutt med et stort omsorgsbehov som nettopp hadde opplevd et brudd med fosterforeldrene og var tilbake på institusjonen han var på før fosterhjems plasseringen. Det var i tillegg grunn til å frykte at en tilbakeføring ville få ”*alvorlige følger*” for guttens utvikling, mente mindretallet. Flertallet i saken tok ikke stilling barnets til mening og om denne var farget av en lojalitetskonflikt.

Barnets mening, hvilken rettslig betydning dette skal, ha er avhengig av om vurderingen skal skje etter første eller andre punktum i § 4-21. I vurderingen av om foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, kan barnets mening neppe ha noe å si. Men derimot ved barnets beste vurderingen kan barnets stemme få større betydning. Etter annet punktum er barnets mening og viktig, her er det spørsmål om barnet vil få alvorlige problemer som følge av en tilbakeføring.⁹⁴

Etter § 7-9 kan barnet få oppnevnt en egen talsperson. Denne plikter å fremlegge barnets syn på saken, men skal også komme med en egen vurdering av saken. Barnet kan derfor ikke betro seg til talspersonen på samme måte som til en advokat. Talsperson er forbeholdt saker der barnet selv er part og har egen advokat.⁹⁵

3.7 Beviskrav i tilbakeføringssaker

§ 4-21 første ledd ble endret ved lov 19.juni 2009 nr. 45, beviskravet ble skjerpet fra alminnelig sannsynlighetsovervekt til ”overveiende sannsynlig”. Begrunnelsen for denne endringen er at barna tilbakeføringssakene dreier seg om tidligere har opplevd av omsorgssvikt og brudd, har gjort dem særlig sårbare. De trenger en trygg og stabil oppvekst hvor deres behov blir tilstrekkelig ivaretatt. Det er i tillegg en kodifisering av rettspraksis, det var allerede en praksis blant dommere hvor de krevde mer enn

⁹⁴ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 256

⁹⁵ Knut Lindboe, *Barnevernloven*, 7. utg., Oslo 2011 s. 112

sannsynlighetsovervekt for at foreldrene nå var i stand til å gi barna forsvarlig omsorg. Med overveiende sannsynlig menes høy grad av sannsynlighet.⁹⁶

Beviskrav for alvorlige problemer er i utgangspunktet sannsynlighetsovervekt, dvs. mer enn 50 % sannsynlig.⁹⁷ Men i noen tilfeller er det lavere beviskrav. I Rt. 1989 s. 320 (på side 326) sa førstvoterende at *"det overhodet ikke kan tas noen risiko"* når det er mistanke om seksuelle overgrep. Høyesterett har i senere saker om barnefordeling vist til denne dommen.⁹⁸ I Rt. 1991 s.668 (dissens 4-1) (på side 675) uttalte Høyesterett at hvor stor risiko en kan akseptere avhenger av hvor alvorlig skade det er snakk om.

Mange foreldre vil oppleve det som mer inngripende å bli fratatt omsorgen for sine barn enn for å bli straffet i en straffesak. I straffesaker er beviskravet høyt. Men det er likevel ikke grunnlag for å sette beviskravet like høyt i barnevernssaker. Dette er fordi i straffesaker er det (vanligvis) ingen som lider skade om en skyldig går fri, i motsetning til barnevernssaker hvor barnet er den som alltid vil bli rammet dersom foreldrene *"går fri"*.⁹⁹

For å få frem alle sider ved saken er det nødvendig med opplysninger fra øvrige offentlige organer. Utgangspunktet er at forvaltningen, skole, sosialkontor, politi mv. har taushetsplikt, men etter bvl § 6-4 annet ledd har de en opplysningsplikt/meldeplikt til barnevernet dersom de har grunn til å tro at barnet blir mishandlet eller utsatt for alvorlig omsorgssvikt. Etter siste punktum i annet ledd gjelder opplysningsplikten nå også for tilbakeføringssaker, adopsjonssaker og samværssaker dersom en flytting eller samvær vil kunne medføre at barnet kan bli utsatt for alvorlig omsorgssvikt. Dette siste punktum ble tilføyd ved lov av 17.juni 2005 nr. 65.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) kap. 3 s. 18-23 (<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/nouer/2009/nou-2009-21.html?id=579104>)

⁹⁷ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 247

⁹⁸ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 251

⁹⁹ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 248

Bvl. § 4-7 innebærer en plikt for barnevernet til å ”foreta undersøkelser” og etter fvl. § 17 skal forvaltningsorganet ”...påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes”.

Etter bvl. § 7-17 får tvistelovens regler om bevis også anvendelse for saker i Fylkesnemnda.

I saker hvor Høyesterett gir dom for noe annet enn det den sakkyndige anbefaler begrunner de dette med at de må ta en selvstendig vurdering av bevisene i saken. Domstolen foretar bevisvurdering, lovtolkning og subsumsjon.

3.8 Besøkskontakt mellom barnet og de biologiske foreldre etter adopsjon

En adopsjon innebærer at alle rettslige bånd mellom barnet og de biologiske foreldre blir brutt. Men ved lov av 4.juni 2010 ble barnevernloven endret og vi har nå fått en ny § 4-20a som åpner for besøkskontakt med de biologiske foreldre etter adopsjon.

I forbindelse med denne lovendringen ble det i forarbeidene uttalt at: ”I henhold til høringsnotat av april 2009, har departementet i tillegg foreslått at barnevernloven skal endres slik at det gis mulighet for kontakt mellom barnet og de biologiske foreldrene etter en tvangsadopsjon, såkalt åpen adopsjon. Også dette kan, dersom det blir vedtatt, lede til en økning i antallet adopsjonssamtykker etter barnevernloven § 4-20.”¹⁰⁰

Det er ønskelig å øke bruken av adopsjons som barnevernstiltak, dette fordi det er bedre enn langvarige fosterhjemsplasseringer. Fordelene er mange ved adopsjon, bl.a. å skape stabilitet for barnet/ forhindre uforutsigbarhet ved at det ikke lengre er mulig å tilbakeføre. Det er ikke lengre slik at fosterforeldrene kan si opp foreldrejobben, styrke identitetsfølelsen – følelse av å høre til og være en del av fosterfamilien, at barnet har en familie etter at den har fylt 18 år.

¹⁰⁰ NOU 2009: 21 10.2.Tvangsadopsjon, 10.2.2 Gjeldende rett

(<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/nouer/2009/nou-2009-21/12/2.html?id=583451> 14.10.11)

Det er fylkesnemnda som fastsetter omfanget av denne samværsretten, og det er bl.a. vilkår om at samværet er til barnets beste.

4. Hvordan gikk det med barna?

Det er slik at dommene kun viser oss hvordan barna har hatt det og forteller hva som er planen videre. Men vi får ikke vite slutten på historien, hvordan det gikk, om de fikk det bedre etter hvert.

I en svensk undersøkelse av hvordan barn som har vært på barnehem (og vært klar for å bli adoptert) klarer seg, kom de tilbakeførte barna dårligst ut.¹⁰¹

Kari Killén har i sin bok en kort uttalelse der hun sier at ”tilbakeføring er risikabelt. Det har vist seg å være svært uheldig (Daro 1988, Veland 1993). En rekke praktikere sitter med smertefulle erfaringer fra arbeid med tilbakeføring.” Hun sier videre at det ”er ikke til å undre seg over”. Hun fremstår som en klar motstander av tilbakeføring¹⁰² Hun kan kritiseres for å ha skrevet kun en halv side om tilbakeføring i boken sin, og kommer med så alvorlige utsagn som kan få store konsekvenser dersom barnevernsansatte tar henne på ordet.

Flere engelske og amerikanske undersøkelser viste at det gikk bra med 80 % av de tilbakeførte barna. En annen undersøkelse med strengere kriterier for hva som anses for å være ”bra”, viste at 54 % av tilbakeføringene av små barn (inntil 4 år), var mislykkede. I 43 % av tilbakeføringene i sistnevnte undersøkelse ble barnet på nytt flyttet innen 2 år etter tilbakeføringen. Sandberg mener det disse tallene forteller generelt om risikoen med tilbakeføring, har liten verdi i den enkelte sak.¹⁰³

¹⁰¹ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 134 her viser hun til Bohman & Sigvardsson 1980, 1985 som igjen er hentet fra Schaffer 1998 s. 55–57 og Grinde 1993 s. 200–201

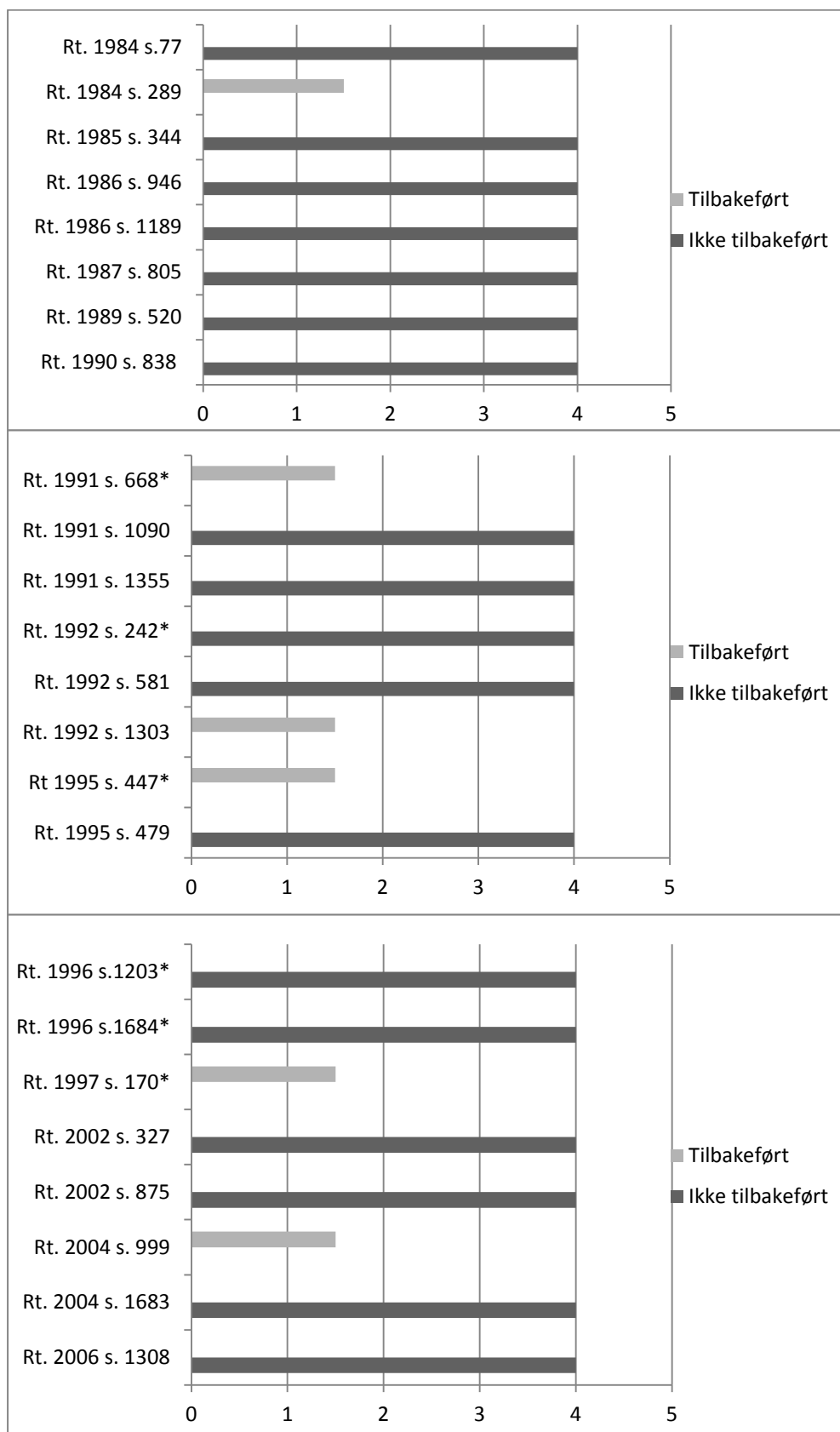
¹⁰² Kari Killén, Svek, *Omsorgssvikt er alles ansvar*, 4.utgave, Oslo 2010 s. 263

¹⁰³ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s. 134

5. Dissenser i tilbakeføringssaker

5.1 Dommene

Det er i alt 24 tilbakeføringssaker som har vært oppe for Høyesterett, hvorav 6 er avsagt under dissens. Dissensene (merket med *) ble avsagt i et relativt kort tidsrom fra 1991-1997. Første sak om tilbakeføring var i 1984 og den siste i 2006. En oversikt:



En presentasjon av dommene og en belysning av hva det er dissensene gjelder:

(1) Rt. 1991 s. 688

En mor fikk medhold i sitt krav om tilbakeføring av en 7 år gammel gutt som hadde vært i fosterhjem fra han var 8 måneder gammel. Begrunnelsen for tilbakeføringen var uenighet mellom sakkyndige om egenskaper ved barnet. Førstvoterende fant det ikke tilstrekkelig bevist at han var mer sårbar enn andre barn med tilsvarende opplevelse. Dissenterende dommer Dolva (4-1) mener det er ”overvekt av fare for skadevirkninger ved tilbakeføring av omsorgen til biologisk mor etter så langvarig fosterhjemsopphold” og at det er ”risiko for skade av betydning for S’s karakterdannelse og utvikling”. Han legger vekt på de sakkyndiges uttalelser for høyesterett i sin vurdering.

(2) Rt. 1992 s. 242

En mor fikk ikke medhold i krav på tilbakeføring av sin 4 år gamle sønn. Moren ba kort tid etter fødselen om hjelp til avlastning. Hun og samboeren hadde halvannet år tidligere mistet et spedbarn pga. lungebetennelse. Da moren like etter ble innlagt på sykehuset med det nye barnet som hadde problemer med å få i seg mat, ble barnevernet engstelige. I tillegg hadde moren en vanskelig livssituasjon med bl.a. mishandling fra samboeren. Førstvoterende (flertallet) sier at moren har god omsorgsevne for et nytt barn. Hun er i positiv utvikling, har gode boforhold og mye livserfaring. Men å tilbakeføre gutten vil være å utsette ham for en risiko som ikke anses som forsvarlig. Annenvoterende (3-2) mener at de sakkyndige legger for stor vekt på generelle betenkeligheter når de konkluderer med at det vil medføre skadevirkninger å flytte barnet. Han sier at de ser for lite på de konkrete forholdene i saken. I tillegg mener han at barnevernloven av 1953 § 48 annet ledd måtte vært utformet annerledes dersom den gav rom for en slik vurdering. Videre er han redd for at det kan få uheldige virkninger for barnevernet når det fremstår som definitivt og inappellabelt å plassere et spedbarn i fosterhjem. Tredjevoterende (flertallet) sier at avgjørelsen av om et barn blir påført skade må nødvendigvis bero på sakkyndiges vurdering. Han kan ikke se at det er noe i veien for å trekke inn generelle betenkeligheter i den aktuelle bestemmelsen. Det er ikke etablert tilknytning mellom mor og barn, og det er reell fare for at barnet vil bli

påført ”alvorlige skadevirkninger av betydning for hele hans utvikling”. Hensynet til moren må derfor vike.

(3) Rt. 1995 s.447

En 13,5 år gammel gutt ble tilbakeført til faren. Høyesteretts flertall var enige med de sakkyndige i saken om at faren neppe vil kunne gi barnet den omsorg han ideelt sett bør ha. Videre var det usikkert om det vil kunne gå bra i et nytt fosterhjem. Gutten har opplevd et brudd med fosterforeldrene og er tilbake på den samme institusjonen som han var på til å begynne med. Faren ønsker å gjøre sitt beste for sin sønn, han er villig til å samarbeide med barnevernet etter at han har fått omsorgen tilbake. Flertallet legger også vekt på at barnet selv vil bo sammen med faren og har en nær tilknytning til han.

Mindretallet (3-2) mener at omsorgsevnen ikke er forsvarlig selv med hjelpetiltak og at vilkårene for å opprettholde omsorgsovertakelsen er til stede og at vedtaket bør opprettholdes. Det pekes også på at barnevernet hittil har brukt mye resurser på å lete etter et nytt fosterhjem og at det er gode sjanser for at de finner et.

(4) Rt. 1996 s. 1203

En 7 år gammel gutt ble tilbakeført etter å ha vært i privat fosterhjem i 2 år. Gutten var, fra han ble født av, plaget av en rekke sykdommer og liten vektøkning. Barnevernet hadde vært inne med hjelpetiltak i flere år før omsorgsovertakelsen uten at det førte til bedring i omsorgssituasjonen. Flertallet mente at faren hadde betydelige svakheter som omsorgsperson. Men at disse kunne rettes opp med hjelpetiltak fra barnevernet. De fant ikke at det var grunn til å frykte at tilbakeføringen ville medføre problemer av alvorlig art. Mindretallet (3-2) begrunner sitt syn med at det er for stor usikkerhet rundt omsorgssituasjonen. Foreldrene har vanskelig med å samarbeide med offentlige hjelpeinnsatser. Gutten har konsentrasjonsvansker og foreldrene har problemer med å innrette seg etter regler ifht. skole, lekser og andre voksne. Følgelig vil det være til barnets beste å opprettholde omsorgsvedtaket.

(5) Rt. 1996 s. 1684

Saken gjelder tilbakeføring av de to mellomste søsknene, av i alt 4. De var 13,5 og 15 år. Barnevernet var tidlig inne med støttetiltak, allerede i 1988. I 1991 fortalte det ene barnet at det hadde funnet sted seksuelle og fysiske overgrep fra fars side. Samme dag

fattet barnevernet hastevedtak om omsorgsovertakelse av alle 4 søsknene. Eldste søsteren flytte hjem i 1994 og yngste bror bor i et annet fosterhjem etter å ha byttet en gang. Tilbakeføring ble nektet. Begrunnelsen var at det forelå ”betydelig risiko for skadevirkninger ved en tilbakeføring utover de overgangsproblemer man må regne med for barn flest.” Omsorgsevnen til foreldrene var bedret, men det var likevel for riskofyllt å tilbakeføre barna. Det var ikke fare for nye seksuelle overgrep. Mindretallets (4-1) syn på saken er at foreldrene er i stand til å gi begge døtrene forsvarlig omsorg. Han legger vekt på den ene sakkyndige som tilråder tilbakeføring og atskillig vekt på at eldste datteren har hatt en positiv utvikling etter at hun flyttet hjem, og at hjemmet har vært under tilsyn. Han sier også at Høyesterett burde vise forsiktighet med å fravike lagmannsrettens dom hvor omsorgsovertakelsen ble opphevet, dette fordi de hadde et bedre grunnlag for å foreta avgjørelsen på.

(6) Rt. 1997 s. 170

En 7 år gammel gutt ble tilbakeført til sin familie av pakistansk opprinnelse etter å ha vært i fosterhjem siden han var 2 år. Flertallet mente at gutten ikke hadde noen særskilte omsorgsbehov som ikke også de biologiske foreldre ville kunne tilfredsstille. Han har sterk tilknytning til fosterfamilien og vil sannsynligvis få problemer i en overgangsperiode som følge av en flytting, men ikke alvorlige problemer av varig karakter. Å skulle vokse opp hos fosterforeldrene var heller ikke problemfritt. Gutten har ofte samvær med sin biologiske familie, mye mer enn det som fosterforeldrene hadde forventet ut i fra barnevernets opplysninger om dette på forhånd. Det er også fare for at gutten vil komme i en lojalitetskonflikt. Mindretallet (4-1) uttaler at gutten er et ualminnelig utrygt barn som ikke tåler å få store omveltninger i livet. De biologiske foreldrene klarer ikke å se guttens behov og har ikke tilstrekkelig omsorgsevne for ham. Videre så viser han til Lagmannsrettens dom hvor det ble lagt til grunn at gutten hadde fått en grunnleggende og alvorlig tilknytningsskade og at han ennå sterkt bar preg av denne skaden.

5.2 Noen gjennomgående trekk

Dommerne i Høyesterett finner saken vanskelige i alle 6 dommene. I den første dommen åpner førstvoterende med å si at han ”*under tvil*” var kommet til sin

beslutning. I dom nr.2 (på side 251) ”*Avgjørelsen må i en sak som denne bero på antagelser og skjønnsmessige avveininger*”. Uttalelsene gjenspeiler hvor vanskelige vurderinger domstolen har med å gjøre.

Det var dissens i 6/7 eller 80 % av tilbakeføringssakene. I halvparten av dissenssakene ble omsorgen tilbakeført. I forhold til det totale antall saker, der 7 av 24 endte med tilbakeføring, er dette tallet noe høyt. Dette kan tyde på at det er større uenighet når det gjelder å tilbakeføre omsorgen enn i saker der resultatet er det motsatte. Likevel har vi ikke nok saker, verken totalt eller som det er dissens i, til å si noe for sikkert her.

I en artikkel¹⁰⁴ om barnets beste mener Knut Lindboe at det virker som rettens sammensetning har minst like stor betydning for resultatet som tidligere Høyesterettsavgjørelser med prejudikatsvirkning. Dette synspunktet finner jeg også støtte for i dissensavgjørelsene. En Høyesterettsdommer, Steinar Tjomsland, har vært dommer i alle sakene som det var dissens i. I tillegg har han vært dommer i to senere avgjørelser¹⁰⁵ der resultatet enstemmig endte med at omsorgen ble opprettholdt. Dette kan være en tilfeldighet. Men han har vært dommer i 8 av 24 saker om tilbakeføring, og kun stemt for tilbakeføring i én av sakene. Det var i den første av sakene.

En dommers verdier og erfaringer har i mange av tilbakeføringssakene nødvendigvis betydning for utfallet av saken. Det er et rom for skjønn der det skal foretas en vurdering av det enkelte barnets situasjon. Dommernes verdisyn er avgjørende for saker som karakteriseres for å være grensetilfeller, hvor det er tvil om hva som vil være det beste alternativet. En kan stille et spørsmålstegn ved om rettssikkerheten blir godt nok ivarettatt her. Noen dommere er nok mer tilbøyelige enn andre til å la et barn bo i et hjem hvor det ikke tilfredsstillende omsorg. Dette ser en ut ifra dissensene, når de går ut over sakkyndiges anbefalinger og spesielt dom nr. 3 hvor 4 av dommerne stemte for at gutten flyttet hjem til faren selv om han ikke hadde tilstrekkelig omsorgsevne, selv med hjelpetiltak. Her var dissenterende dommer Tjomsland av en annen oppfatning, han

¹⁰⁴ FAB 2003-2 Knut Lindboe, ”*Hensynet til barnets beste i barnevernsaker*”. s. 125

¹⁰⁵ Rt. 2004 s. 1683 og Rt. 2006 1308

ville at omsorgen skulle opprettholdes. Dommere, som andre mennesker, har ulike oppfatninger av hva som er godt nok. De lever forskjellige liv og har det ulikt hjemme. De har blitt oppdratt forskjellig. Dette vil jeg si er en av årsakene til at det oppstår uenighet innad i Høyesterett i disse sakene. Det er mye som tyder på at dommer Tjomsland er mer forsiktig med å tilbakeføre barna enn de fleste andre dommerne. Og han er representert i samtlige tilbakeføringssaker hvor det var dissens. Dommerne kan også oppfatte saken på forskjellig måte. De tolker bevisene ulikt. Vitneutsagn oppfattes ulikt. De er mennesker og mennesker gjør feil fra tid til annen. Det er ikke til å unngå.

5.3 Kriteriene dommen oppstiller

5.3.1 Forsvarlig Omsorg

I halvparten av sakene var omsorgsevnen god nok. Dom nr. 1 spurte Høyesterett om morens omsorgsevne var tilstrekkelig til å møte de særlige krav som stilles ved tilbakeføring. De kom til at det ikke var riktig å legge vekt på den lange saksbehandlingstiden, men morens sterke omsorgsvilje kunne også si noe om hennes omsorgsevne. Flertallet i dom nr. 4 uttalte: *”Det hefter ikke ubetydelige svakheter ved foreldrene som omsorgspersoner for C.”* og *”De svakheter far har som omsorgsperson kan rettes opp ved hjelpetiltak.”* Mindretall derimot mente at det var for stor usikkerhet rundt omsorgssituasjonen. Dom nr. 6 kom retten til at gutten ikke hadde noen særskilte omsorgsbehov som ikke også de biologiske foreldre vil kunne tilfredsstille. Mindretallet mente på sin side at foreldrene har i dag innehar generell omsorgsevne, men denne er ikke tilstrekkelig for guttens behov.

For den andre halvpartens vedkommende kom retten både i dom nr. 2 og nr. 5 til at omsorgsevnen var bedret, men den var ikke god nok for de aktuelle barna. Mens de i dom nr. 3 kom til at faren neppe vil kunne gi barnet den omsorg det ideelt sett bør ha. Det siste tilfellet er det grunn til å stille spørsmålsteget ved, det virker ikke som det helt henger på greip. Men det viser samtidig at det er konkrete vurderinger som skal foretas.

5.3.2 Egenskaper ved barnet

Barnets sårbarhet er et tema i alle sakene. Det er konstatert sårbarhet hos barnet i sakene 2, 3 og 4. Det er ikke funnet tilstrekkelig bevist hos flertallet i sak 1, sakkydige mente at den ene av de to jentene i dom nr. 5 var ett lett sårbart, og i den siste dommen antok førstvoterende at gutten fremdeles var et sårbart barn og mer utrygg enn det som er vanlig. Det skal både ses på hvordan sårbarheten er i dag men også hvordan den vil være lengre frem i tid. Dette alene er en krevende oppgave for de sakkyndige og for dommerne som skal foreta en bevisvurdering på dette punkt.

5.3.3 Risiko for alvorlige problemer

Risikospørsmålet er naturligvis oppe til vurdering i alle sakene. I sakene 1, 3, 4 og 6 kom flertallet til at det ikke var fare for alvorlige problemer på sikt. Alle disse fire sakene har det til felles at omsorgen ble tilbakeført til foreldrene.

I sak 1, 3 og 6 var omsorgsevnen ansett å være tilstrekkelig og unntaket for alvorlige problemer ble vurdert, men kom ikke til anvendelse.

I sak 3, hvor gutten ble tilbakeført til faren, var det første vilkåret om forsvarlig omsorg ikke oppfylt, og da gutten ikke var i noe fosterhjem kom ikke unntaket i annet punktum heller til anvendelse. Selv om det er klart at det er fare for at gutten kan ta stor skade av å vokse opp i et hjem hvor forelderen sannsynligvis ikke makter sin omsorgsoppgave ble han tilbakeført. En kan spørre om det var riktig av Høyesterett å tillate en tilbakeføring i en situasjon som denne, og om de burde tatt grundigere opp til vurdering spørsmålet om alvorlige problemer. De lot i denne saken være å tolke ordlyden strengt antitetisk.

I sakene 2 og 5 var risikoen for stor. I dom nr. 2 sa førstvoterende at en tilbakeføring ville være å utsette gutten for en risiko utover det han anså som forsvarlig. Og i dom nr. 5 mente flertallet at det var en betydelig risiko ved en tilbakeføring, *”utover de overgangsproblemer man må regne med for barn flest”*.

5.3.4 Sakkyndiges anbefalinger

I alle sakene var minst en av de sakkyndige imot tilbakeføring. Det er mulig at dette er et annet forhold som er med på skape dissensene i retten. I de fire første dissensdommene, nr. 1 – 4, fraråder samtlige sakkyndige for høyesterett en tilbakeføring. I de to siste, nr. 5 og 6, er det en sakkyndig som tilrår tilbakeføring og en annen som fraråder det.

I sakene 1, 3, og 4 ble barnet tilbakeført på tross av at begge de sakkyndige frarådet dette. I dom nr. 5 ble tilbakeføring nektet selv om ene sakkyndige tilrådet det og i nr. 6 førte kravet om tilbakeføring frem selv om den ene sakkyndige frarådet dette.

At Høyesterett går i mot sakkyndiges anbefalinger viser at de tar en selvstendig vurdering av bevisene i saken, og de foretar en egen fremtidsprognose. Dette igjen viser at de sakkyndige ikke er allmektige, og at vi i Norge har rettssikkerhet. Det de sakkyndige kommer med, skal legges betydelig vekt på, men det kan også bli overprøvd og trukket i tvil.

I en artikkel om barnets beste skriver Knut Lindboe: *”Men de sakkyndiges vurdering skjer på et fritt, barnevernsfaglig grunnlag, der man helt ut konsentrerer seg om en avveining av det ene miljø mot det annet, og om risikoen ved miljøskifte. Selv om grunntemaet er det samme også for en domstol som skal anvende barnevernslovens § 48 annet ledd, ligger det en ulikhet i dette at domstolens tema er anvendelse av rettsregler om opprettholdelse av tvangsinngrep.”* Her kan mye av forklaringen på hvorfor retten går i mot de sakkyndiges anbefalinger ligge. Også en dom i Rt. 1984 s. 289 taler i samme retning. De sier her at det bl.a. er nødvendig å prøve de sakkyndiges vurderinger opp mot bevisene og synspunktene ellers i saken.

5.3.5 Barnets beste

Høyesterett går ikke uttrykkelig inn på barnets beste - vurderingen i alle sakene. Men det er klart at de likevel vurderer hva som er til beste for barnet når de ser på omsorgsevnen, sårbarhet og risiko for alvorlig skade på lengre sikt. Det er som tredjevoterende uttaler i dom nr. 2: *”Hensynet til barnets beste er et helt dominerende*

hensyn i lovgivningen om barns forhold, og er bakgrunnen for at Høyesterett i flere dommer har lagt til grunn at tilbakeføring ikke skal skje dersom dette utsetter barnet for alvorlige skadevirkninger, sett i et lengre tidsperspektiv. Det må foretas en konkret vurdering ut fra forholdene i den enkelte sak. Rettspraksis gir flere eksempler på at tilbakeføring skjer, også der det ikke har ubetinget støtte i sakkyndige erklæringer. For så vidt gjelder Høyesteretts praksis, viser jeg til dommene inntatt i Rt-1984-289 og Rt-1991-668.”

Barnets beste er det viktigste i alle saker. I den første dommen (på s. 675) sier Høyesterett: *”Bakgrunnen for at man i rettspraksis er så vidt tilbakeholdende med å tilbakeføre omsorgen, er selvsagt hensynet til barnet som er det grunnleggende hensyn bak alle vurderinger etter barnevernloven...”* Men det er også en del begrensninger i dette, se ovenfor under punkt 2.4 om Barnets beste.

5.3.6 Langvarige fosterhjems plasseringer

Bare i halvparten av sakene er det tale om langvarige fosterhjemsforhold. Og i kun én av sakene som gjaldt langvarige fosterhjemsopphold, ble tilbakeføring nektet. To av barna ble tilbakeført på tross av at de var langvarig plassert i fosterhjem. Dette er et tredje forhold som kan være en av årsakene til at det oppstår uenighet innad i Høyesterett.

Når det gjelder tilbakeføring er det mye fokus på barn som har vært lenge i fosterhjem, og § 4-21 første ledd annet punktum er utformet med tanke på disse. Som dommene er et eksempel på er det og en del barn som er under offentlig omsorg uten at de er i langvarige fosterhjem. Det er barn på institusjoner eller som har opplevd brudd med fosterfamilien. Disse mener jeg fortjener å få et større fokus.

5.4 Prejudikatsvirkning av dissensdommer

Det er uenighet innad i Høyesterett. Resultatet er ikke så sikkert den riktige løsningen som resultatet i en enstemmig dom og man må ta dissensen i betraktning når man skal vektlegge på dommen. Vekten av en dom avhenger av flere elementer. Først ser man på

om den er avsagt i avdeling eller plenum. Er den avsagt av Høyesteretts ankeutvalg så har denne minst vekt. En enstemmig dom har større vekt enn en dom som er avsagt under dissens. Og om dommen er en i rekken av dommer som går i samme retning taler det for at det er et prejudikat, og denne har da meget stor vekt. Videre har nyere dommer større vekt enn eldre dommer, med unntak av helt ferske avgjørelser. Ratio decidendi¹⁰⁶ har større vekt enn et obiter dictum¹⁰⁷. Og er det stor forskjell på faktum i nåværende sak, får et prejudikat mindre vekt ettersom det ikke passer helt. Den generelle vekten av dommen er avhengig av de øvrige rettskildefaktorene, om de trekker i samme retning.¹⁰⁸ Avslutningsvis så har det noe å si for vekten av en dissensdom hvor stor dissensen er, om det er 3-2 eller 4-1. Den siste har følgelig størst vekt, men det har også noe å si hvor skarpt dissenterende dommer formulerer seg. Det har skjedd at Høyesterett i senere saker har fulgt mindretallet i en tidligere dom. Videre er Høyesterettsdommene som gjelder tilbakeføring svært mye basert på skjønnsmessige avveininger. Dette er et forhold som kan svekke prejudikatsvirkningen av dommen. På den andre siden er Høyesterettsdommer en viktig rettskilde i seg selv.

5.5 Avsluttende ord

Analysen dreier seg om for få saker til å trekke noen sikre konklusjoner. Sakene er høyst forskjellige og vurderingene som skal foretas er så vanskelige at det nærmest beror på tilfeldigheter hva utfallet blir. Dissensene oppstår muligens som følger av dommernes ulike verdisyn og sakkyndiges til dels motstridene anbefalninger, vurderinger rundt om man skal tilbakeføre etter langvarig fosterhjemsopphold eller ikke.

Det er ofte et valg mellom flere onder, hva som er best er det ingen som kan si med sikkerhet. Det er i slike saker risiko for feilvurderinger, jfr. Rt. 1984 s. 289. Et eksempel på at det er et valg mellom flere onder har vi en dom i Rt. 2004 s. 999. Det var her valg mellom å bli værende i samme fosterhjem, bytte fosterhjem eller oppheve omsorgen å flytte tilbake til moren. Sakkyndig oppfattet det siste som minst ille. Selv om moren i

¹⁰⁶ Premissene som er nødvendig for å begrunne resultatet

¹⁰⁷ Uttalelse som ikke har hatt betydning for resultatet.

¹⁰⁸ http://www.jus.uit.no/student/1/sensorv_1_v96_2teori.htm 12.10.11

denne saken ikke tilfredsstilte kravet til forsvarlig omsorg så ble gutten likevel tilbakeført.

Mye av litteraturen og materialet rundt tilbakeføringsbestemmelsen er om tilknytingskriteriet. Hva med de barna som er på institusjon og som han gutten i dom nr. 3 som hadde opplevd brudd med fosterfamilien sin. Høyesterett argumenterte at det måtte kreves at det omsorgsalternativet man hadde å tilby var bedre for å få opprettholde omsorgen. Og siden man ikke med sikkerhet kunne slå fast dette i denne saken, måtte de oppheve omsorgen. Her synes det å være en foreldre-rett tankegang eller en rettferdighetstankegang, og ikke et barne-vern. I høringen i forbindelse med endring av beviskravet til *"overveiende sannsynlig"* i § 4-21 uttalte Bufetat at en del av billighetserstatningene er begrunnet i dårlige oppvekstvilkår som følger av tilbakeføring til biologiske foreldre.¹⁰⁹

Til slutt kan det nevnes at det har vært få eller ingen tilbakeføringssaker de siste årene. Man kan spørre seg om dette skyldes at Høyesterett har strammet inn for å ta i mot nye saker eller at rettstilstanden i stor grad er avklart på dette området.

6. Et blikk fremover

6.1 Lovendringer

Regjeringen har satt ned et utvalg til å utrede det biologiske prinsipp. Både barnevernsbarn og barnevernet mener at det legges for stor vekt på dette prinsippet. Foreldre derimot mener det motsatte. Utvalget skal levere sin innstilling (NOU)1.2.2012. Blant de 12 kommisjonsmedlemmer finner vi Lena L. Bendiksen og leder for utvalget, Magne Raundalen, en psykolog som har arbeidet med utsatte barn i en årrekke.¹¹⁰ Mange barnevernsbarn og fagpersoner mener det i dag legges for stor vekt på det biologiske prinsipp, mens på den andre siden mener mange foreldre at det

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven s. 25

¹¹⁰ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/pressesenter/pressemeldinger/2011/utvalg-som-skal-vurdere-biologisk-prinsi.html?id=633852> 7.9.11

tas for liten hensyn til dette.¹¹¹ Det er derfor viktig at det nå blir utredet for å se om det er noe som kan endres.

EU og EØS-retten har endret lovgivningen i Norge på mange områder, men så langt ikke innenfor barneretten. Rettskildebildet er i ferd med å endres her. Det ble i EU i januar 2008 vedtatt en strategi for barns rettigheter.¹¹² Målet er å styrke barns rettigheter både i og utenfor EU.¹¹³

6.2 Endringer av systemet

6.2.1 Lønn / status

Barnevernssakene er nedprioritert i den store helheten. Det er et lavstatus yrke. Det er en kjensgjerning at de mest anerkjente advokatene er forsvarsadvokater og forretningsadvokater. Advokater som jobber med barnevernssaker har ikke samme status. Det er også et kvinneyrke og et lavtlønnet yrke.

Sakene for barnevernet er minst like viktige som straffesakene, om ikke mer. Det er mye som står på spill, barna er fremtiden vår. Graden av alvorlighet understrekes med det faktum at 9 barn dør årlig av omsorgssvikt.¹¹⁴

6.2.2 Skape et åpnere barnevern

Å opplyse slik at folk flest vet hva barnevernet gjør. Barnevernet mangler legitimitet i samfunnet. Dette er bl.a. fordi omtrent hver gang det er noe om barnevernet i mediene,

¹¹¹ <http://www.psykologforeningen.no/Foreningen/Nyheter-og-aktuelt/Aktuelt/Det-biologiske-prinsipp-under-lupen> 24.10.11

¹¹² Karl Harald Søvig, *Barns rettigheter på barns premisser*, Utredning for Barne – og likes.dep. s. 80 (http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/Utdredning_Sovig_end_versj.pdf 5.11.11)

¹¹³ http://www.euinfo.no/eu.php?id=235&eu=Intervju_med_Roberta_Angelilli%3A_%22Utdannelse_er_forutsetningen_for_barns_framtid%22

¹¹⁴ <http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.7040013> 01.11.2011

så er det noe negativt, en som har blitt sveket eller foreldre som føler seg overkjørt.¹¹⁵ Og siden barnevernet har taushetsplikt, kommer ikke deres side av saken frem.

I Fagbladet var det nylig en reportasje¹¹⁶ om et barnevernsskontor i Naustal som hadde åpne dører inn til saksbehandlerne og at flere foreldre selv kontaktet de.

Barnevernslederen uttalte: ”Ryktene går om at vi har gjort en god jobb i en del saker, og mange har tillit til oss.”

Tillitt er avgjørende for å skape et velfungerende barnevern, og barnevernet i Naustdal har skjønnet dette og jobber aktivt for å oppnå det.

6.2.3 Heve kompetansen

I dag er det veldig lavt snitt som kreves for å komme inn på barnevernsstudiet. Dette burde det ha blitt gjort noe med. Det burde blitt gjort til en mye større profesjon, og gitt de som jobbet innen feltet høyere lønn. Lønn også under studiet, slik det er for de som utdanner seg til fengselsbetjenter. Det burde i det minste vært krav til at barnevernslederen hadde mastergrad i barnevern.

Kvaliteten på studiet bør bedres. Bl.a. burde det vært flere praksisperioder, slik som det er på for eksempel sykepleierstudiet, som er en like lang høyskoleutdanning og gir like mange studiepoeng. På sykepleierstudiet er det fem praksisperioder og ca. halvparten av studiet består av praksis. Studentene må arbeide på sykehus, sykehjem, bo- og rehabiliteringssentre, hjemmesykepleie og med psykisk syke. Når det gjelder barnevernsstudiet, har de på enkelte høyskoler kun én praksisperiode hvor noen av barnevernsstudenten bare er utplassert på SFO.¹¹⁷ Det sier seg selv at dette ikke er godt nok.

På små plasser virker det som at det er mødre som begynner på studiet fordi de vil bli igjen på denne plassen, fordi de får dekket utdanningen sin, og gjør det bare for å ta en

¹¹⁵ Et eksempel: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10022684> 01.11.2011

¹¹⁶ http://www.fagbladet.no/helse_og_sosial/article5751678.ece 21.10.11

¹¹⁷ http://www.hifm.no/nor/www_hifm_no/hogskolen-i-finnmark--startside/kommende-student/studier/studietilbudet-2010_2011/studieoversikt/?&displayitem=386&module=studieinfo&type=studie&subtype=2 20.10.11

utdanning. Det er ikke noe som de brenner for. På høyskolen i Harstad, universitetet i Nordland, høyskolen i Sogndal og høyskolen i Finnmark har så lite søkere at alle som søker og har studiekompetanse, kommer inn her.¹¹⁸

I en utredning fra barn – og familiedepartementet i 2000¹¹⁹ ble det uttalt at ”det synes å være en kjensgjerning at kombinasjonen av lav lønn, lav status og stort arbeidspress, får uønsket innvirkning på *rekrutteringen* til den kommunale barneverntjenesten.” Fortsatt så øker presset, 11 år etter denne uttalelsen er det lite som har blitt gjort.

7. Avslutning

Tilbakeføringsbestemmelsen etter barnevernloven suppleres hovedsakelig av rettspraksis, de barnerettslige prinsippene, menneskerettighetene, lovforarbeider og juridisk teori. Innholdet i bestemmelsen er godt belyst gjennom disse kildene.

Arbeidet med å fremstille temaet tilbakeføring etter bvl. og særlig studiet av dissensdommene har vist at det er meget vanskelige vurderinger som skal tas. Og det kan være en stor utfordring. Både når det gjelder å vurdere om omsorgen til foreldrene er forsvarlig, hva som er barnets beste i den konkrete saken, om barnet har en slik tilknytning at det vil skades om det blir flyttet, evt. hvor stor risikoen for en slik skade er, mv.

I tiden fremover er det ventet at de nye bestemmelser om besøkskontakt etter adopsjon er ventet å føre til økt bruk av adopsjon som barnevernstiltak. Dette vil mulig påvirke tilbakeføringssaker slik at disse blir redusert.

¹¹⁸

https://www.samordnaopptak.no/studier?ord=barnevernspedagog&laerestedkode=&utdomrkode=&stikko_rdnr= 27.09. 2011

¹¹⁹ NOU 2000:12 15.3 Rettssikkerheten i barnevernets praksis

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/nouer/2000/nou-2000-12/16.html?id=117367> 16.11.2011

Det er mye omveltninger på gang nå, barne- og likestillingsminister Audun Lysbakken uttalte at vi skal få den ”største reformen i barnevernet på 20 år”. Alt som kan gjøres, bør gjøres for å forbedre situasjonen i barnevernet. Og det er viktig at mange flere engasjerer seg for å få en bedre utvikling. Avslutningsvis tas med at det er meldt om økte bevillinger til barnevernet for 2012, bl.a. 70 nye stillinger og midler til å videreføre 400 nye stillinger fra 2011. Men det er langt fra nok til å få ned arbeidspresset til de ansatte i barnevernet, mener FOs (Fagorganisasjonen for barnevernspedagoger, sosionomer og vernepleiere) nestleder Mimmi Kvisvik.¹²⁰

¹²⁰ <http://www.fagbladet.no/nyheter/article5761544.ece> 01.11.2011

8. Kildene

8.1 Litteratur

Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003 (pdf)

Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer*, 2008

Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utg. Oslo 2009

Loftsgaard og Alstad 2003 i Steinar Tjomslands, *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003 (s. 69 – 112)

Steinar Tjomsland, *Omsorgsovertakelse – Hovedprinsipper og synspunkter* (s. 11 - 21) i *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg. Oslo 2003

Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 3. utg. 2007

Carl August Fleicher, *Rettskilder og juridisk metode*, 1998 som digitalbok:

http://www.nb.no/utlevering/contentview.jsf?urn=URN:NBN:no-nb_digibok_2010050503014

Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett II*, 3. utg., Oslo 2008

Kari Killén, Sveket, *Omsorgssvikt er alles ansvar*, 4. utgave, Oslo 2010

Trude Haugli, "Det mangfoldige barnets beste", i *Bonus Pater Familias*, Festskrift til Peter Lødrup, 70 år, Oslo 2002 s. 313–327

Karin M. Bruzelius, "Monisme på norsk?", i *Rett og Toleranse*, Festskrift til Helge Johan Thue, Oslo 2007 s.38 – 48

Njål Høstmælingen, "Hva er menneskerettigheter", 2. utg., Oslo 2010

Knut Lindboe, *Barnevernloven*, 7. utg., Oslo 2011

Bente Ohnstad, *Velferd, Rettssikkerhet og Personvern*, Bergen 2011

8.2 Forarbeider

NOU 1985: 18 s. 170

NOU 2005: 1 12

NOU 2000:12

Ot.prp.nr. 69 (2008-2009)

NOU 2009: 21

8.3 Dommer av Høyesterett

Rt. 1984 s.77

Rt. 1984 s. 289
Rt. 1985 s. 344
Rt. 1986 s. 946
Rt 1986 s. 1189
Rt. 1987 s. 805
Rt. 1989 s. 320
Rt. 1989 s. 520
Rt. 1990 s. 838
Rt. 1991 s. 668
Rt. 1991 s. 1090
Rt. 1991 s. 1355
Rt. 1992 s. 242
Rt. 1992 s. 581
Rt. 1992 s. 1303
Rt 1995 s. 447
Rt. 1995 s. 479
Rt. 1996 s. 1203
Rt. 1996 s. 1684
Rt. 1997 s. 170
Rt. 2002 s. 327
Rt. 2002 s. 875
Rt. 2004 s. 999
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2006 s. 1308

8.4 Praksis fra EMD

Johansen mot Norge, dom i EMD 7. august 1996

K. og T. mot Finland, Dom i storkammer 12.juli 2001

Olsson mot Sverige, Dom 24. mars 1988, serie A nr. 130

Andersson mot Sverige, 25. februar 1992, serie A nr. 226 A

Eriksson mot Sverige, Dom 22.juni 1989 serie A nr. 121 B

8.5 Tidsskrifter

FAB 2003-2, *Hensynet til barnets beste i barnevernssaker*, av Knut Lindboe, s. 114

8.6 Andre kilder

Nrk.no

Aftenposten.no

Ssb.no

Bufetat.no

Barneombudet.no

Regjeringen.no

Lovdata.no

Rettsdata.no

Fn.no

Nb.no

Jus.uit.no

Psykologforeningen.no

Fagbladet.no

Vg.no

Hifm.no

Samordnaopptak.no

